

A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

→ STUDI ←

a cura di

Leonardo Ferrara (Università di Firenze)

Domenico Sorace (Università di Firenze)

Comitato Scientifico

Umberto Allegretti, Antonio Brancasi, Alfredo Corpaci,

Leonardo Ferrara, Carlo Marzuoli, Domenico Sorace

(Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Firenze)

Volumi

Vol. I – *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Aristide Police, Fabio Saitta

Vol. II – *La coesione politico-territoriale*, a cura di Gabriella De Giorgi Cezzi, Pier Luigi Portaluri

Vol. III – *La giuridificazione*, a cura di Barbara Marchetti, Mauro Renna

Vol. IV – *La tecnificazione*, a cura di Stefano Civitarese Matteucci, Luisa Torchia

Vol. V – *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro

Vol. VI – *Unità e pluralismo culturale*, a cura di Edoardo Chiti, Gianluca Gardini, Aldo Sandulli

Vol. VII – *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di Gian Domenico Comporti

Vol. VIII – *Cittadinanze amministrative*, a cura di Antonio Bartolini, Alessandra Pioggia

A 150 ANNI DALL'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ITALIANA

→ STUDI ←

a cura di

Leonardo Ferrara, Domenico Sorace

Vol. V

L'intervento pubblico nell'economia

a cura di

Maurizio Cafagno

Francesco Manganaro

Firenze University Press
2016

A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi / a cura di Leonardo Ferrara, Domenico Sorace ; Vol. V. L'intervento pubblico nell'economia / a cura di Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro. – Firenze : Firenze University Press, 2016. (Studi e saggi ; 169)

<http://digital.casalini.it/9788864534428>

ISBN 978-88-6453-441-1 (print)

ISBN 978-88-6453-442-8 (online PDF)

ISBN 978-88-6453-443-5 (online EPUB)

Progetto grafico di Alberto Pizarro Fernández, Pagina Maestra snc

Hanno contribuito alla realizzazione degli studi e alla loro pubblicazione la Banca d'Italia, il Comune di Firenze, l'Ente Cassa di Risparmio di Firenze e la Regione Toscana.

Certificazione scientifica delle Opere

Tutti i volumi pubblicati sono soggetti ad un processo di referaggio esterno di cui sono responsabili il Consiglio editoriale della FUP e i Consigli scientifici delle singole collane. Le opere pubblicate nel catalogo della FUP sono valutate e approvate dal Consiglio editoriale della casa editrice. Per una descrizione più analitica del processo di referaggio si rimanda ai documenti ufficiali pubblicati sul catalogo on-line della casa editrice (www.fupress.com).

Consiglio editoriale Firenze University Press

A. Dolfi (Presidente), M. Boddi, A. Bucelli, R. Casalbuoni, M. Garzaniti, M.C. Grisolia, P. Guarnieri, R. Lanfredini, A. Lenzi, P. Lo Nostro, G. Mari, A. Mariani, P.M. Mariano, S. Marinai, R. Minuti, P. Nanni, G. Nigro, A. Perulli, M.C. Torricelli.

La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution 4.0 International (CC BY 4.0: <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>).

This book is printed on acid-free paper

CC 2016 Firenze University Press
Università degli Studi di Firenze
Firenze University Press
via Cittadella, 7, 50144 Firenze, Italy
www.fupress.com
Printed in Italy

INDICE

Unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia <i>Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro</i>	9
---	---

STUDI

PARTE PRIMA

Il diritto dell'economia tra unificazione dei mercati e globalizzazione

Diritto dell'economia: strumento di unificazione <i>Eugenio Picozza</i>	67
--	----

Problemi dell'unificazione giuridico-amministrativa del mercato, in Italia e in Europa <i>Giulio Napolitano</i>	85
---	----

PARTE SECONDA

Indirizzo e disciplina dei mercati: dalla pianificazione alla regolazione

Diritto d'interpello e certezza nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione <i>Marco Sica</i>	99
---	----

La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico <i>Paolo Lazzara</i>	117
---	-----

La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani <i>Maria De Benedetto</i>	135
---	-----

Politica di concorrenza e politica industriale tra unità e differenziazione 157
Eugenio Bruti Liberati

La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla
 'neutralizzazione' dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione
 europea 171
Domenico Rocco Siclari

PARTE TERZA

Finanza pubblica e aiuti di Stato: strumenti vecchi e nuovi alla
 prova del diritto UE

I soldi di tutti 197
Giacinto della Cananea

Il finanziamento pubblico dell'economia:
 possibilità, condizioni e limiti 219
Gabriele Bottino

PARTE QUARTA

Imprese e servizi pubblici

Liberalizzazioni 263
Giovanni Cocco

Le privatizzazioni nelle gestioni dei servizi pubblici.
 Dall'unitarietà alla disgregazione dei modelli 299
Simone Torricelli

L'unificazione attraverso la garanzia delle prestazioni
 di servizio pubblico 321
Emanuele Boscolo

Gestione dei servizi pubblici locali e *in house providing*:
 novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-
 frammentazione del sistema 349
Diana-Urania Galetta, Gherardo Carullo

PARTE QUINTA

Contratti e finanziamenti

I contratti pubblici come strumento
di accentramento 375

Fabrizio Fracchia

Il partenariato pubblico-privato 393

Gianfrancesco Fidone

La concessione di lavori pubblici 423

Gian Franco Cartei

L'uso strategico dei contratti pubblici 441

Andrea Farì

PARTE SESTA

Enforcement tra regolazione e controlli

Corte dei conti e Istituzioni Superiori di Controllo 467

Domenico Siclari

Il controllo della BCE sulle economie nazionali 487

Filippo Zatti

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il suo ruolo
unificante nell'ordinamento 509

Fabio Cintioli

Consob e poteri commendatori di conformazione
e unificazione del mercato 525

Niccolò Pecchioli

L'Autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia 547

Fabio Di Cristina

Il giudice amministrativo, giudice dell'economia 567

Giuseppe Tropea

COMMENTI

Splendori e miserie dell'intervento pubblico nell'economia italiana 593
Guido Corso

Concorrenza e modelli organizzativi 617
Francesca Trimarchi Banfi

GLI AUTORI 625

SOMMARIO GENERALE 631

UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA E INTERVENTO PUBBLICO NELLECONOMIA

Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro

SOMMARIO – 1. Premessa di metodo. 1.1 Limitazioni di campo. 1.2 La struttura del discorso: l'amministrazione pubblica tra regole e mercato. 2. Profilo storico. 2.1 Il difficile rapporto tra diritto ed economia. 2.2 Lo sviluppo storico dell'intervento pubblico nell'economia in Italia. 2.2.1 Le politiche finanziarie nel primo Stato unitario. 2.2.2 Lo Stato interventista degli anni Venti. 2.2.3 I principi dell'economia mista nella Costituzione repubblicana. 2.2.4 Le nuove forme di intervento pubblico degli anni Sessanta e Settanta. 2.2.5 Le riforme degli anni Novanta. 3. Profili critici e ricostruttivi: l'amministrazione come attore economico. 3.1 Imparzialità, efficienza e mercato unico. 3.2 Procedure competitive. 3.3 Il gap tra diritto interno e diritto europeo. 3.4 *In house providing*, imprese pubbliche, società miste. 3.5 Considerazioni conclusive. 4. Profili critici e ricostruttivi: l'oggetto della regolazione. 4.1 Il fuggievole oggetto dello Stato regolatore. 4.2 L'anomia giuridica dell'economia globale. 4.3 La regolazione del mercato unico europeo. 4.4 La settorializzazione della disciplina regolatoria a livello nazionale. 4.5 Per una maggiore qualità delle amministrazioni pubbliche. 5. Note riassuntive.

1. Premessa di metodo

1.1 Limitazioni di campo

Gli allegati alla legge n. 2248 del 1865 non recavano uno spazio dedicato alla materia dell'intervento pubblico in economia, anche se la dottrina ha rilevato che, a dispetto del vuoto, all'epoca fu avvertita prepotente, se non addirittura prioritaria, la preoccupazione di costituire un mercato nazionale (Cassese, 2014: cap. II e 2012b: cap. I; Napolitano, 2011; Ciocca, 2012 e 2007; Felice, 2015; Forte, 2011; Graziani, 2000; Zamagni, 2008; Merusi, 2012).

Tornando a pensare oggi ai rapporti tra unificazione amministrativa e intervento pubblico nell'economia e riparametrando la riflessione al più ristretto e contiguo intervallo temporale prescelto dall'impostazione dei lavori convegnistici, la domanda che ci siamo posti è se e come l'amministrazione pubblica si sia trasformata e quali spinte unificanti o disgreganti abbia subito per effetto dell'adesione alla Comunità europea e, di conseguenza, per effetto della condivisione dell'obiettivo di contribuire alla creazione di un mercato unico non più circoscritto ai confini del Paese, ma europeo.

In altri termini, ci siamo chiesti quali ricadute abbiano interessato l'amministrazione pubblica italiana, nel passaggio dall'obiettivo di creare uno Stato e un mercato nazionale a quello di partecipare alla creazione di un mercato unico sovranazionale.

È superfluo notare che praticamente tutte le aree tematiche abitualmente incluse nella caleidoscopica disciplina del diritto pubblico dell'economia sono state investite dalla questione, aree davvero troppo numerose e troppo dense perché il programma di lavoro comune potesse ambire all'organicità e alla completezza.

Con questa consapevolezza, l'approfondimento si è mosso all'interno di più circoscritte coordinate, in parte segnate dai criteri di ripartizione della ricerca concordati e condivisi con gli altri gruppi, in parte espressione di scelte e preferenze degli studiosi che hanno aderito all'iniziativa.

Cadono entro il perimetro delle analisi che abbiamo condiviso sei aree tematiche, all'interno di ciascuna delle quali hanno operato e si sono raccordati sei sotto-gruppi.

La prima area, di taglio più generale, è dedicata a *Il diritto dell'economia tra unificazione dei mercati e globalizzazione*¹; la seconda parte ha per titolo *Indirizzo e disciplina dei mercati: dalla pianificazione alla regolazione*²; la terza parte verte su *Finanza pubblica e aiuti di stato: strumenti vecchi e nuovi alla prova del diritto UE*³; la quarta tratta di *Imprese e servizi pubblici*⁴; la quinta è dedicata alla materia dei *Contratti pubblici*⁵; il sesto ed ultimo blocco è infine rivolto ad analizzare *Il public enforcement: controllo, vigilanza e tutela*⁶.

Poiché le sei partizioni sono a loro volta passibili di molti approfondimenti e specificazioni, si è inevitabilmente riproposta la necessità di compiere, anche all'interno di ciascuna area, scelte di campo e selezioni tematiche. La disciplina di banche, moneta, mercati finanziari, sviluppo del Mezzogiorno è rimasta fondamentalmente eccentrica al baricentro della riflessione⁷ anche perché destinata, in sede di programmazione generale, all'approfondimento di altri gruppi.

Mappato il territorio, conviene infine premettere che la relazione che sta ora impegnandoci non asseconderà un taglio ricognitivo, sunteggiando ordinatamente i contributi di settore raccolti; tenuto conto della dinamica *bottom-up* che ha sagomato il lavoro comune, abbiamo trovato preferibile appuntare l'attenzione su due spunti critici trasversali, scelti tra i molti – tutti di grande interesse – ricavabili dall'insieme dei contributi.

Per una trattazione analitica e compiuta delle materie comprese nell'antologia, singolarmente considerate, rinviando alle relazioni dei colleghi, cui nel corso dell'esposizione faremo comunque doveroso cenno, sia pure in ottica funzionale allo sviluppo dei due profili problematici isolati.

1.2 La struttura del discorso: l'amministrazione pubblica tra regole e mercato

L'obiettivo di costituire un mercato unico europeo non postula la standardizzazione dei modelli di azione e di organizzazione delle amministrazioni nazionali, ma richiede flessibili operazioni di bilanciamento.

Come ben evidenziano le relazioni dei colleghi – ad esempio di E. Bruti Liberati, A. Farì, F. Fracchia, G. Napolitano (v. in questo volume) – unificazione non può significare mera uniformazione.

Non occorre indulgere in laboriose analisi di diritto comparato, né scomodare i principi generali che governano il rapporto tra ordinamento interno e ordinamento europeo, per prenderne atto.

A rigori di logica, la meta della creazione di un mercato sovranazionale aperto e competitivo sollecita la ricerca di un punto di equilibrio tra istanze di omogeneità di regime giuridico, propedeutiche all'abbattimento di barriere alla libera circolazione, e contrapposte esigenze di varietà istituzionale, rese insopprimibili vuoi dal dinamismo del fenomeno economico bisognoso di intervento pubblico (Miele, 1956; Pugliese, 1956; Ascarelli, 1956; Carnelutti, 1956; Allorio, 1956; Corso, 2008 e 2011; Di Plinio, 2012; Grossi, 2015; Romeo, 2001; Rossi, 2006: 35 sgg. e *passim* e 2013; Spasiano, 2010; Zito, 2010), vuoi dal peso delle condizioni locali e delle scelte valoriali legittimamente compiute dai singoli ordinamenti (Pericu, 2009b e 2010; Carbone, 2011; Grossi, 2015; Irti, 2000; Denozza, 2000; Lunghini, Mori, 2000; Sorace, 2003; Corso, 2011).

Lo scritto sulle liberalizzazioni di Giovanni Cocco, richiamando l'attenzione sul Trattato di Lisbona e sui contenuti dell'art. 3 della versione consolidata del T.U.E. (Decaro, 2011; Libertini, 2011)⁸, sottolinea con vigore che il sistema dei principi europei va dichiaratamente improntandosi a un ideale di «economia sociale di mercato».

La giurisprudenza del Giudice delle leggi è andata dal canto suo evolvendo in una direzione speculare, propensa a includere tra i valori fondamentali protetti dalla Costituzione «l'assetto competitivo dei mercati a tutela delle stesse imprese e dei consumatori»⁹.

Naturalmente la necessità logica di trovare un punto di equilibrio tra fisiologiche esigenze di varietà e simmetrici bisogni di uniformità – perno attorno al quale ruotano i meditati lavori di E. Boscolo ed E. Bruti Liberati – è assai facile da enunciare, in termini generali, ma è difficilissima da declinare in soluzioni concrete e indicazioni positive, persino nella dimensione statica appena evocata.

A complicar le cose basta poi il modesto supplemento di realismo che permette subito di rendersi conto che la difficoltà dell'operazione di bilanciamento è straordinariamente aggravata dal fatto che economia e ordinamento giuridico (e, al suo interno, la stessa amministrazione pubblica) sono grandi sistemi, tecnicamente complessi, che non soltanto si trasformano di continuo, rispondendo alle loro indipendenti dinamiche endogene, innescate e alimentate da una miriade di processi e strutture che operano e si intrecciano alle più disparate scale di spazio e di tempo, ma incessantemente interagiscono e coevolvono, non di rado imprevedibilmente, spinti dalla labirintica trama di rapporti

non lineari, di retroazione positiva o negativa, con cui scambiano energia, materia e informazioni all'interno della biosfera, sistema più ampio che li racchiude (Arthur, Durlauf, Lane, 1997; Holland 1995, 2012 e 2014; Simon, 1988; Ahl, Allen, 1996).

La presa di coscienza dell'irriducibile livello d'incertezza che fatalmente la complessità fomenta ha indotto studiosi e politici avveduti, costretti a confrontarsi con il tema delle crisi, a riconoscere finalmente che, a dispetto della *hybris* che ha informato e informa un certo pensiero riduzionista, la presunzione di poter dominare e 'governare' queste dinamiche, nel senso verticistico e deterministico della parola, promette di risolversi in pericolosa utopia (Costanza *et al.*, 2001; Garmestani, Allen, 2014; Berkes, Colding, Folke, 2002; Gunderson, Holling, 2002; Gunderson, Pritchard, 2002; Allen, Tainter, Hoekstra, 2003; Armitage, 2013; Lee, 1993a; Levin, 1999; Denozza, 2014; Mazzucato, 2014; Smith, 2003 e 2010; Motterlini, Piattelli Palmarini, 2005; Ricossa, 2006; Tonoletti, 2014; Yarrow, 2014).

Abbracciando questa prospettiva sistemica, il contributo di E. Picozza reca una generale e stimolante riflessione sulla perdurante situazione di stallo che attanaglia l'Europa e il nostro Paese.

Alla stregua di una più matura consapevolezza del cambiamento di prospettiva che il trattamento della complessità impone, alle istituzioni e ai decisori pubblici è semmai richiesto lo sforzo di isolare e favorire presupposti e condizioni atti a moltiplicare le probabilità che la coevoluzione dei sistemi bisognosi di armonizzazione – giuridico ed economico – proceda lungo traiettorie virtuose o, se non altro, meno esposte al pericolo di fallimenti gravi (Taleb, 2013; Weizsacker, 1988).

In questo quadro concettuale legislatore e apparati amministrativi non possono illudersi di attingere a ricette, a risposte conclusive; piuttosto, paiono chiamati a interrogarsi sugli ingredienti che un buon processo di ricerca di risposte valide dovrebbe possedere (Lee, 1993).

Naturalmente, anche così l'impresa rimane straordinariamente ambiziosa e, nei fatti, sfortunatamente lontana dalla riuscita.

I resoconti periodicamente offerti dai più qualificati osservatori internazionali e nazionali lasciano invariabilmente trasparire i sintomi di un malessere serio e persistente, nel rapporto che lega amministrazione pubblica ed economia, in Italia.

È vero che queste analisi si avvalgono talora d'indicatori che sono controvertibili, per la loro sommarietà, ma è stato anche giustamente notato che esse finiscono col pesare non poco sulle decisioni d'investimento – soprattutto degli operatori esteri – per l'inquietante convergenza.

Una sintesi aggiornata della situazione ritratta da fonti attendibili – come i report annuali del *World Economic Forum* o della Banca Mondiale (*Doing Business*), gli studi della Commissione europea, i molti resoconti di Confindustria o di

Coldiretti – è stata resa lo scorso anno, nel corso della tavola rotonda che ha chiuso la sessantesima edizione del convegno di studi amministrativi di Varenna, dedicata precisamente al rapporto tra diritto amministrativo ed economia (Ainis, 2014; Fonderico, 2009; Chiti, 2006; Mattarella, Natalini, 2013; Ranci, Forti, 2008; Clarich, Mattarella, 2013; De Benedetto, Martelli, Rangone, 2011; Fracchia, 2013; Mattarella, 2011; Mosco, 2013; Zingales, 2014; Sunstein, 2014)¹⁰.

Poiché trattasi di dati purtroppo noti, quotidianamente sciorinati e discussi dai mezzi di comunicazione, non occorrerà sostare oltre un rapido cenno, in questo ragionamento introduttivo.

Nel corso del dibattito l'attenzione si è in particolare appuntata su numeri e cifre contenuti nel *Global Competitiveness Report*, per l'anno 2014-2015, del *World Economic Forum*, che misura e confronta la competitività di 144 Paesi.

Il prestigioso organismo assegna all'Italia, nella graduatoria complessiva, il 49° posto.

È una posizione che non sembra pessima, in rapporto alla totalità degli Stati messi a confronto (che, si badi, include una moltitudine di Paesi sottosviluppati) ma che è senz'altro deludente, in rapporto agli altri Paesi europei.

Il dato negativo rilevante ai fini di questa introduzione è però un altro.

Il giudizio conclusivo cui approda il documento è espresso attraverso un indicatore che aggrega 12 parametri, a loro volta scomposti in vari sotto-parametri, ciascuno oggetto di classificazione.

I 12 parametri misurano una corrispondente gamma di caratteristiche dei vari Paesi, giudicate capaci di influenzare la competitività delle economie nazionali, come il livello di diffusione dell'istruzione di base o superiore, il grado di infrastrutturazione, la sanità, lo sviluppo dei mercati finanziari, l'efficienza del mercato del lavoro, la propensione all'innovazione tecnologica e altro ancora.

Il primo di questi dodici parametri è correlato alle *Institutions*.

Ora, la consultazione del rapporto¹¹ permette di constatare che, se nella graduatoria complessiva l'Italia si posiziona al limite inferiore del primo terzo, nelle graduatorie parziali formate attorno alle varie sotto-voci che, nel capitolo *Institutions*, misurano in particolare lo stato di salute dei rapporti tra sviluppo economico e politiche pubbliche, la situazione peggiora drasticamente.

A titolo esemplificativo, in rapporto all'indicatore denominato *Government Efficiency*, l'Italia occupa il 143° posto, cioè il penultimo in classifica, con distacco da Paesi come la Croazia, il Libano, l'Angola, il Burundi.

Alla sotto-voce *Ethics and corruption*, il nostro Paese si colloca al 102° posto.

Nella categoria *Public Institutions*, l'Italia compare al 105° posto.

L'indicatore *Favoritism in decisions of government officials* ci vede 135° (la Svezia è nona e la Germania dodicesima, tanto per proporre qualche paragone illustrativo).

Alla stregua del parametro *Burden of Government regulation* risultiamo 142°. Secondo l'indice *Efficiency of Legal Framework in challenging regulations* siamo 135°.

Alla voce *Wastefulness of government spending* occupiamo il 139° posto.

Ragguagli conformi sono offerti dal saggio di M. Bianco e G. Napolitano – dal titolo emblematico *Il sistema amministrativo: uno svantaggio competitivo* – pubblicato nella raccolta degli atti del convegno internazionale tenutosi nel 2011 su *L'Italia e l'economia mondiale dall'unità a oggi*, a cura di Banca d'Italia.

Lo scritto di M. De Benedetto, tra i lavori del gruppo, sofferma in particolare l'attenzione sulle lacune della regolazione economica e sulle relative cause, accompagnando l'analisi con una ricca rassegna di ulteriori riferimenti bibliografici.

Pretendere di dipanare qui la matassa dei fattori all'origine delle criticità di cui sono sintomo i dati esemplificativamente ripresi sarebbe a dir poco illusorio.

Con la percezione del grado di complessità che abbiamo sin qui tentato di trasmettere, almeno epidermicamente, altrettanto velleitaria se non addirittura scorretta si dimostrerebbe la pretesa di stabilire a tavolino, in positivo, quali modelli organizzativi o procedurali e quali livelli di omogeneizzazione amministrativa – o, se vogliamo, di diversificazione amministrativa – siano teoricamente capaci (o si siano storicamente dimostrati in grado) di assicurare una desiderabile conciliazione tra le varie istanze bisognose di confronto, in funzione dell'obiettivo di creare un mercato unico europeo, nelle disparate aree in cui si diffonde l'intervento pubblico oppure nel sottoinsieme, comunque vasto, delle materie trattate dal gruppo.

Come anticipato in apertura, il seguito del lavoro, operando una drastica selezione, entro lo spettro degli interrogativi astrattamente possibili e pertinenti, si accontenterà di sviluppare due linee problematiche che ci sembra attraversino diagonalmente gli scritti dei colleghi.

Le due linee, per certi aspetti speculari, a nostro avviso intercettano due questioni di fondo, tuttora irrisolte, con cui ha dovuto confrontarsi la cosiddetta stagione dello 'Stato regolatore', che negli anni compresi tra l'inizio e l'attuale declino grossomodo corrisponde all'arco temporale al centro della riflessione cui sono dedicati questi studi celebrativi.

La *prima direttrice* del ragionamento critico, pensando ad un'amministrazione stretta tra regole e mercato, tenterà di mostrare come, in nome di un richiamo non sempre pertinente all'esigenza di presidiare la concorrenza, l'ordinamento interno, equivocando, abbia finito con l'ingessare o viceversa col frantumare l'azione della pubblica amministrazione, nelle vesti di attore economico, tramite una sovrabbondanza di vincoli, regole e conseguenti deroghe, niente affatto giustificate da una corretta lettura dei principi e dalle norme europee cui per paradosso avrebbe preteso di dare attuazione.

L'eccesso non soltanto ha indebolito e appiattito l'amministrazione, anzi-ché unificarla, ma ha finito col compromettere il raggiungimento del retrostante obiettivo sostanziale, di potenziamento del mercato unico.

Questa riflessione prenderà le mosse dagli scritti sui contratti pubblici per poi estendere rapidamente la chiave critica alla materia delle concessioni, dei modelli alternativi di gestione dei servizi pubblici e delle imprese pubbliche o miste, trattate dai lavori su liberalizzazioni, privatizzazioni, *in house providing*.

Se questa prima direttrice intende far emergere difficoltà e problemi in cui lo 'Stato regolatore' è incappato nello sforzo di conformare l'amministrazione, onde evitare che inquinasse il mercato, seguitando ad affacciarvisi, la *seconda linea* del ragionamento si ripromette di porre in evidenza fattori di indebolimento e di trasformazione della p.a. scaturiti, più che da riflessive esigenze di controllo dei funzionari, dall'obiettivo difficoltà dell'ordinamento giuridico di star dietro ai rapidi e sofisticati movimenti del mercato.

Prendendo spunto dagli scritti in materia di finanza pubblica, regolazione, *enforcement e authorities*, verranno qui all'attenzione situazioni nelle quali i cambiamenti dell'amministrazione parrebbero più che altro dovuti al distacco esiziale con cui l'economia, globalizzandosi o trasformandosi, minaccia di distanziare il diritto o impone un sollecito affinamento delle risposte giuridiche volte a prevenire o mitigare una crescente moltitudine di possibili *market failures*.

Chiariti gli obiettivi generali, la prossima sezione (par. 2) si farà carico di una rapida ricognizione storica, ridotta all'essenziale, dei tratti caratteristici dell'intervento pubblico in economia nei vari periodi, al prevalente scopo di mettere a fuoco la cifra distintiva del modello pertinente all'indagine, idiomaticamente etichettato come 'Stato regolatore'.

Le due sezioni successive (parr. 3 e 4), a partire da questa ricognizione, svilupperanno il ragionamento critico, nelle due direzioni annunciate.

2. Profilo storico

2.1 Il difficile rapporto tra diritto ed economia

Nella storia delle istituzioni, diritto ed economia hanno sempre intrecciato i loro reciproci rapporti, con influenza vicendevole.

L'ipotesi di fondo, che caratterizza lo sviluppo storico, è che l'economia ha regole proprie che il diritto può solo in qualche modo influenzare (Merusi, 2013), quanto meno perché senza diritto non c'è mercato (Irti, 2004; Ciocca, 2002), tanto che finanche le liberalizzazioni hanno bisogno di misure pubbliche asimmetriche, al fine, per esempio, di limitare l'influenza sul mercato delle imprese *ex monopolistiche* (D'Alberti, 2008).

In questo senso, anche i classici liberali della scuola inglese ritenevano necessario l'intervento pubblico almeno al fine di garantire la difesa dei diritti di proprietà e definire le regole dello scambio. Per Adam Smith la libertà 'naturale' del mercato ha bisogno di un minimo di garanzie statali, come il corretto funzionamento delle istituzioni, la giurisdizione, la protezione contro le invasioni esterne (Smith, 1776). Così anche per un liberista come John Stuart Mill, il *laissez-faire* per il mercato ha bisogno quanto meno delle funzioni pubbliche di giustizia e sicurezza. È, perciò, opinione comune che il mercato possa svilupparsi entro una cornice istituzionale regolata dal diritto pubblico, mentre permane una sostanziale differenza circa la specifica influenza che misure pubbliche producono sull'economia (Picozza; Ricciuto, 2013; Di Gaspare, 2015).

La storia dimostra, infatti, come l'intervento regolativo del diritto possa essere utile (Mazzucato, 2015) o dannoso per lo sviluppo economico: ne sono prova, quanto al primo aspetto, il sostegno al *boom* economico degli anni Sessanta, quanto al secondo, il fallimento delle pianificazioni economiche o gli eccessivi costi burocratici per cittadini ed imprese.

Perciò, è oggetto di discussione più che la necessità, la qualità e la misura di un possibile intervento dei soggetti pubblici nel mercato, anche per le influenze ideologiche che caratterizzano la riflessione sul punto.

Recessive appaiono le teorie estreme, per altro enunciate e qualche volta attuate, secondo cui il mercato è in grado di operare da solo e, tutt'al più, l'intervento pubblico è necessario nel caso di fallimento del mercato, così come l'altra estrema – tipica delle economie pianificate – secondo cui i soggetti pubblici debbono programmare lo sviluppo economico.

Invero, la storia istituzionale insegna che una qualche forma di regolazione pubblica in modi, qualità e quantità diversificate è sempre esistita, diremmo in tutti gli ordinamenti, ma certamente in quello del nostro Paese.

In particolare, nell'ottica specifica della nostra ricerca sull'unificazione, si è spesso affermato che la creazione di un mercato unico sovranazionale abbia declassato il ruolo dello Stato, non solo nel senso del trasferimento ad entità sovranazionali delle leve del diritto dell'economia, ma anche nel senso di comprimere le misure attuabili in un ordinamento che intende la concorrenza tra imprese come principio fondamentale.

Appare perciò fondata la tesi secondo cui la regolazione pubblica, nei differenti modi in cui può essere intesa, persista ed anzi trovi nuovi spazi nella realtà sovranazionale, tanto che l'equilibrio raggiunto a livello comunitario tra libertà economica e interessi pubblici quale la concorrenza non trova riscontro sul piano del diritto globale internazionale (D'Alberti, 2008).

Qui è sufficiente constatare che il passaggio dal mercato unico nazionale, creato con l'unificazione risorgimentale, al mercato unico europeo ed a quello glo-

bale, modifica profondamente l'intervento dei soggetti pubblici statali in campo economico, ma non ne diminuisce la rilevanza per la stessa sopravvivenza del mercato (Aimo, 2015).

In questo controverso rapporto tra unità economica e giuridica vanno segnalate alcune incongruenze evidenziate dalla dottrina e di cui tener conto circa la possibilità che le categorie economiche vengano strumentalizzate e distorte al fine di conseguire l'unità giuridica. È stato infatti rilevato che la concorrenza – considerata, nelle sue varie accezioni principio fondamentale dell'ordinamento europeo – ove usata a fini politici per la costruzione del mercato unico, può produrre inefficienze economiche (Van Den Bergh, Giannaccari, 2014).

Perseguire perciò l'unità economica attraverso la concorrenza (Camerlengo, 2014) comporta un uso improprio delle categorie economiche (Libertini, 2014).

L'evoluzione storica disegna, perciò, un fenomeno multiforme e contraddittorio in cui, a volte, il perseguimento di un regime di concorrenza ha dato luogo ad un eccesso di regolazione che non ha favorito l'efficienza economica, mentre in altre occasioni lo stesso fine è stato perseguito attraverso una deregolazione o una soppressione di organismi pubblici, a volte sostituiti da entità sovranazionali.

La ricordata molteplicità delle forme e dei modi di intervento o di ritiro delle amministrazioni pubbliche dall'economia va tratteggiata perciò nei suoi tratti storici essenziali per quel che riguarda il nostro Paese.

2.2 Lo sviluppo storico dell'intervento pubblico nell'economia in Italia

2.2.1 Le politiche finanziarie nel primo Stato unitario

Non vi è dubbio che – come già ricordava Romagnosi – ogni atto amministrativo autorizzativo o concessorio possa avere un effetto economico (Merusi, 2012), così come interventi pubblici di tipo infrastrutturale siano pre-condizione per lo sviluppo economico.

Ma la traccia che intendiamo qui seguire per ricostruire in sintesi le vicende storiche dell'intervento pubblico nel nostro Paese, attiene al rapporto strutturale tra politiche pubbliche e iniziativa economica privata. Una seppur sommaria analisi storica è, infatti, il presupposto di una più attenta valutazione circa la situazione attuale.

L'unificazione nazionale, avvenuta con le leggi del 1865, nell'estendere la legislazione piemontese al neonato Stato unitario, non solo ha perseguito lo scopo di unificazione normativa, ma anche quello di creare un mercato unico (Calandra, 1978; Nigro, 1980). Certo si discute ancora oggi sul modo in cui tale unificazione del mercato sia avvenuta, poiché le misure protezionistiche introdotte ed il regime della tassazione ebbero lo scopo di favorire e tutelare la nascente industria-

lizzazione di una parte del Paese, creando o accentuando squilibri ancora oggi attuali. In questo modo si manifesta la prima storica contraddizione quanto all'unificazione, poiché le misure volte a costruire un mercato unico nazionale finiscono per produrre una netta divisione nell'economia del Paese (Cassese, 2012a).

La parziale dismissione del patrimonio statale fu più dovuta all'esigenza pratica di recuperare risorse consumate nelle vicende belliche che non ad una convinzione ideologica di stampo liberale, tesa a ridurre lo Stato-proprietario o lo Stato-imprenditore.

L'adesione ad una linea di finanza neutrale non impedì tuttavia – come ricorda della Cananea (v. *Disciplina di bilancio e ordinamento della spesa: concordanze e discordanze*, in questo volume) – al conte di Cavour di impostare una politica infrastrutturale propedeutica allo sviluppo economico attraverso la Cassa depositi e prestiti e di introdurre una nuova disciplina sui bilanci e sul controllo della spesa pubblica.

Senza la creazione di nuovi soggetti pubblici, il primo Stato unitario, attraverso la politica fiscale e dei bilanci pubblici, introduce alcune forme di controllo sull'economia, al fine di realizzare l'unità del mercato, tutelandolo da interventi esterni. Ma – come poi vedremo lungo tutta l'evoluzione storica – l'economia è un oggetto difficile da governare, che obbedisce a regole proprie, cosicché non sempre il decisore pubblico è in grado di perseguire i fini voluti, come nel caso appena citato di un mercato unico che invece crea una dicotomia interna tra Nord e Sud del Paese.

2.2.2 *Lo Stato interventista degli anni Venti*

Agli inizi del Novecento, anche grazie alle idee degli ordoliberali di Friburgo, la connessione tra diritto ed economia produce l'idea di una costituzione economica (Cassese, 2012a) anche se alcuni dubitano della consistenza del concetto di costituzione economica (Luciani, 2011).

Lo sviluppo economico del Paese appena unificato ha bisogno di nuovi soggetti pubblici in grado di realizzare prima di tutto infrastrutture per gli investimenti, come avviene con la creazione dell'Azienda delle Ferrovie dello Stato nel 1905. In uno Stato che inizia ad essere dispensatore di beni si comincia a porre – seppure in embrione – una questione che condiziona gli eventi futuri. Se nei regimi democratici il fine dell'eguaglianza comporta aumento della spesa, succede che, secondo Orlando, «la finanza da semplice mezzo finisce con [il] prevalere sui fini stessi dello Stato moderno». Ritorna anche qui la consapevolezza che l'oggetto regolato finisce per influenzare il regolatore.

La moltiplicazione dei soggetti pubblici di uno Stato interventista-produttore è di tutta evidenza nella ricostruzione successiva alla Prima guerra mon-

diale e soprattutto con l'avvento del regime fascista. La rivoluzione organizzativa – con un deciso intervento nell'economia – avviene negli anni Venti, in parte per una precisa scelta ideologica circa il controllo dei mezzi di produzione ed in parte per la necessità di un massiccio intervento pubblico a sostegno dell'ancora fragile tessuto industriale dopo la grande crisi del 1929. È il periodo delle holding-società pubbliche (IRI, ENI, EFIM), per le quali viene coniata la nuova ed ambigua categoria degli enti pubblici economici, vere e proprie imprese commerciali con garanzia pubblica. La gestione in parallelo di settori economici attraverso i ministeri e gli enti pubblici economici rivela già quanto possano essere differenziate e compresenti nello stesso periodo storico e sul medesimo territorio forme diverse di rapporto tra soggetti pubblici e realtà economiche.

Si completa così, peraltro, lo strumentario di soggetti pubblici attraverso cui lo Stato interviene nell'economia: dall'ente pubblico-ministero all'azienda organo fino alla holding pubblica (Merusi, 2012b).

Il sostegno al mercato, utile in questa fase, si dimostrerà molti anni dopo come il principale motivo dell'indebitamento pubblico dovuto non solo a dinamiche di mercato, ma a pesanti illecite intromissioni dei partiti nella gestione.

Ma, rimanendo agli anni Venti, non può non rilevarsi – quanto ai modelli di intervento – che attraverso il sistema delle partecipazioni pubbliche, lo Stato si introduce nel mercato non più, come aveva fatto fino ad allora, attraverso norme (quale l'imposizione di tasse o di regole sui bilanci), ma direttamente come soggetto produttore di beni e servizi. In questo caso, la moltiplicazione dei soggetti pubblici incide direttamente sul mercato, pur se non bisogna dimenticare che, oltre alle partecipazioni statali, lo Stato, in quel torno di tempo, sostiene la ripresa delle imprese private attraverso massicce sovvenzioni e legislazioni speciali di settore.

2.2.3 I principi dell'economia mista nella Costituzione repubblicana

L'approvazione della Costituzione della Repubblica apre un nuovo capitolo dell'intervento pubblico (Grossi, 2013). Nel titolo relativo ai rapporti economici si ribadisce la presenza di un'economia mista in cui convivono proprietà pubblica e privata (Visentini, 2005), benché quest'ultima venga funzionalizzata all'utilità sociale. Sono troppo note le vicende esegetiche di questo inciso e l'ampio dibattito sul contenuto minimo del diritto di proprietà privata. Qui è sufficiente ricordare un'evoluzione della norma sulla proprietà, che muta da diritto assoluto di godere e disporre della cosa (art. 463, cod. civ. 1865) a diritto sottoposto ad obblighi (art. 832 cod. civ. attuale), configurando così un diritto già intrinsecamente limitato.

Alla tutela del diritto di proprietà consegue la libertà dell'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) (Trimarchi Banfi, 1992), benché anche in questo articolo

si rivelino le varie anime dei costituenti, poiché come per la proprietà, l'iniziativa economica dei privati non può essere contraria, tra l'altro, all'utilità sociale ed è sempre sottoposta, con l'attività economica pubblica, a programmi e controlli.

La polivalenza ermeneutica del testo, dovuta peraltro all'encomiabile sforzo dei costituenti di trovare un compromesso ideologico, conferma che siamo di fronte ad un'economia mista, in cui uno degli attori – il soggetto pubblico – può svolgere attività d'impresa o diventare soggetto regolatore di un mercato in cui operano insieme soggetti pubblici e privati. Appare prevalente il modello economico dell'iniziativa privata prevista dal primo comma dell'art. 41, poiché il limite posto dal secondo comma riguarderebbe casi di interessi pubblici specifici, senza intaccare il modello generale di organizzazione economica (Trimarchi Banfi, 2012).

2.2.4 Le nuove forme di intervento pubblico degli anni Sessanta e Settanta

Negli anni Sessanta e Settanta del Novecento il miglioramento delle condizioni economiche è dovuto allo sviluppo della produzione industriale e manifatturiera, dovuta certo all'intraprendenza di una parte dell'imprenditoria italiana, ma fortemente sostenuta da cospicue sovvenzioni statali, da scelte politiche volte al rafforzamento di alcuni settori merceologici, dal miglioramento della condizione infrastrutturale del Paese, preconditione necessaria di ogni sviluppo economico e sociale, tanto che «tutto è andato bene fino a quando il modello capitalistico dell'accumulazione non ha subito scossoni o sconfitte e comunque si è saputo riprendere, ad esempio dopo la grande depressione degli anni venti dello scorso secolo» (v. E. Picozza, *Diritto dell'economia: strumento di unificazione*, in questo volume). Si realizza così un nuovo tipo di intervento pubblico in ambito economico in cui, allo Stato produttore, si affianca uno Stato finanziatore o uno Stato maieutico che aiuta e sostiene lo sviluppo. È significativo osservare come le forme di intervento possano intrecciarsi e sovrapporsi, cosicché ad esempio, la scelta di privilegiare il trasporto su gomma coinvolga sia un'azienda di Stato quale l'Alfa Romeo sia una grande azienda privata come la FIAT.

Sono, peraltro, gli anni delle grandi conquiste dello Stato sociale, della scolarizzazione di massa e del sistema sanitario e previdenziale nazionale.

Per altro verso, sono questi gli anni in cui si consolida una realtà ordinamentale sovranazionale quale l'Unione europea (Sorace, 2013b), la cui prima espresa ambizione è quella di creare un mercato unico delle persone e dei beni, mettendo in atto misure che, per favorire la concorrenza, finiscono a volte per aggravare la disciplina e l'organizzazione statale o, viceversa, creano le premesse per un declino dell'organizzazione statale di molti settori produttivi ora sottoposti alle regole ed all'organizzazione sovranazionale (Trimarchi Banfi, 2013).

Gli anni Ottanta sono quelli in cui si percepisce la crisi dell'intervento pubblico e si cominciano ad adottare rimedi diversi dal passato, la cui efficacia, tuttavia, sarà minore rispetto alle aspettative.

L'idea di una società del benessere in cui le conquiste di livelli sociali adeguati possano essere offerti a tutti, ma soprattutto l'eccesso dell'intermediazione politica determinano gli sprechi della spesa pubblica, le cui nefaste conseguenze saranno presto evidenti. La crisi dei grandi enti di gestione – spesso dovuta a deviazioni patologiche quale la creazione di fondi neri per i partiti politici – segna la definitiva involuzione di una modalità dell'intervento pubblico nell'economia.

2.2.5 Le riforme degli anni Novanta

La percezione di una crisi si manifesta pienamente agli inizi degli anni Novanta. È prima di tutto una crisi della politica, simbolicamente rappresentata dagli eventi di Mani Pulite, che segnano un ipotetico passaggio alla Seconda Repubblica. Una crisi che non può non ricadere sull'intervento pubblico per l'evidente commistione tra partecipazioni statali e partiti politici.

Vi sono, tuttavia, altri elementi che configurano una netta cesura con il passato e determinano la necessità di nuovi strumenti di intervento. Guardando il livello nazionale, il 1990 è l'anno del rinnovamento del diritto amministrativo per le coeve leggi sul procedimento e sugli enti locali. In ambedue i casi, seppure per ordini di fattori diversi, le amministrazioni pubbliche subiscono una profonda innovazione. Con la legge sul procedimento, la funzione amministrativa diventa partecipata e oggetto di accordi con i privati, con la legge di riforma degli enti locali, la funzione di governo – compreso lo sviluppo economico – prima di esclusiva competenza statale, viene condivisa con gli enti territoriali.

Gli effetti sull'intervento pubblico nell'economia non appaiono evidenti e diretti, ma sono invece profondamente consequenziali. L'allentamento dei vincoli pubblicistici – in linea con la disciplina europea sugli appalti pubblici – indurrà ad un'ampia liberalizzazione degli strumenti contrattuali fino a giungere al partenariato pubblico-privato (Cafagno *et al.*, 2013) o al dialogo competitivo, istituti innovativi rispetto all'amministrazione tradizionale. D'altra parte, il rafforzamento degli enti subnazionali, iniziato con la l. 142/90, non solo indebolisce le funzioni dello Stato, ma dà vita ad un nuovo modello di intervento nell'economia, attraverso le società miste per la gestione dei servizi pubblici locali, la cui felice intuizione troverà però diversi ostacoli: l'impreparazione degli enti territoriali a gestire una società commerciale, la volontà di utilizzare le società a fini clientelari per la maggiore facilità di assunzioni, la poca lungimiranza della classe imprenditoriale nonché le difformi interpretazioni della giuri-

sprudenza nazionale e di quella comunitaria sulla scelta del socio privato e sulle modalità di affidamento del servizio.

La percezione – ancora non del tutto evidente – dell'insostenibilità del debito pubblico e l'orientamento al mercato unico europeo inducono ai primi timidi tentativi di privatizzazione e liberalizzazione (v. G. Cocco, *Liberalizzazioni* e S. Torricelli, *Le privatizzazioni nelle gestioni dei servizi pubblici. Dalla unitarietà alla disgregazione dei modelli*, in questo volume).

L'esigenza di allontanare la politica dalla gestione dà luogo alle forme di ritrazione dello Stato dalla produzione, secondo un modello che è noto come lo Stato regolatore (v. M. De Benedetto, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani* e P. Lazzara, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in questo volume). A questo contribuisce in maniera determinante altresì la sempre più forte presenza del diritto comunitario, che vede nello Stato finanziatore (ad esempio, con gli aiuti di Stato) un pericolo per un mercato aperto alla concorrenza.

Sono gli anni delle vere o presunte liberalizzazioni e privatizzazioni, della riforma del sistema bancario, della modifica del sistema di contabilità pubblica, dell'apertura del mercato dei servizi pubblici locali, della creazione di un ampio numero di Autorità amministrative indipendenti (v. F. Cintioli, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il suo ruolo unificante nell'ordinamento*, N. Pecchioli, *CONSOB e poteri commendatori di conformazione e unificazione del mercato* e F. Di Cristina, *L'Autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*, in questo volume).

Sui contorni, i pregi ed i limiti dello Stato regolatore non andiamo oltre, poiché ci torneremo specificamente nelle parti successive del presente lavoro.

Si giunge così alla grande crisi del 2008, secondo alcuni dovuta – nell'ottica della nostra analisi – ad un mancato controllo del diritto sulle operazioni finanziarie delle banche, con le disastrose conseguenze prodottesi prima negli Stati Uniti e poi estese a tutto il mercato globalizzato. Questa pesante crisi (non solo) finanziaria non potrà essere affrontata nel nostro Paese con politiche pubbliche di investimenti per il pesante debito pubblico, a cui si aggiunge il sostanziale fallimento di politiche di liberalizzazione e di apertura dei mercati dei servizi pubblici locali.

La coscienza di essere di fronte ad una crisi sistemica e non solo contingente sollecita ad un ripensamento circa nuove modalità di sviluppo sostenibile fino alle varie ipotesi di decrescita, in un rinnovato rapporto con l'ambiente naturale, oggetto di uno sfruttamento economico non più sostenibile. Esplosione così le contraddizioni globali di un mondo in cui la presunta unità globale del mercato è contraddetta da profonde disuguaglianze tra zone sviluppate, emergenti e sottosviluppate. Gli effetti dirompenti sistemici sono evidenti nelle epocali mi-

grazioni di intere popolazioni che non solo scappano dalle guerre, ma sono anche alla ricerca di migliori condizioni di vita.

Voler rispondere da parte dell'Europa a questa crisi sistemica con i tradizionali modelli di sostegno allo sviluppo, ricorrendo a maggiore o minore liquidità, al controllo dei tassi di interesse, alla più o meno drastica riduzione del debito pubblico non appare risolutivo, come peraltro dimostra il perdurare della crisi (v. Picozza, cit.).

In questo contesto, secondo quanto ci siamo proposti e tenendo conto degli elementi di riflessione emersi dall'analisi storica, ci si accinge ad analizzare le modificazioni dell'organizzazione amministrativa che intende creare adeguate condizioni strutturali per uno sviluppo economico.

3. Profili critici e ricostruttivi: l'amministrazione come attore economico

3.1 Imparzialità, efficienza e mercato unico

Secondo il programma anticipato nel preambolo, la relazione si accinge ora ad avviare un ragionamento critico che verte sull'intervento pubblico diretto in economia, lungo un filo rosso che ci sembra percorra gli scritti su contratti, servizi pubblici, concessioni, privatizzazioni e liberalizzazioni.

L'argomento centrale di questa riflessione si presta a una rapida schematizzazione, che uno scrupolo di chiarezza suggerisce di porgere subito.

Abbiamo già notato che il paradigma dello 'Stato regolatore' – calato in una cornice europea che in linea generale non osteggia le economie miste e proclama indifferenza rispetto al regime di proprietà (v. D.-U. Galetta, G. Carullo, *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in questo volume) – non preclude all'amministrazione di indossare i panni di attore economico, bensì pretende il rispetto di principi e vincoli volti ad impedire che essa, negoziando o autoproducendo (o architettando formule che si posizionano in zona intermedia tra le due opzioni) distorca la concorrenza e innalzi barriere alla libera circolazione (Tesauro, D'Alberti, 2000; Cardi, 2014: 165 sgg.; Carullo, 2005: 225 sgg.; Cerulli Irelli, 2010; Corso, 2007; La Spina, Majone, 2000; Massera, 2014; Picozza, Ricciuto, 2013: 65 sgg.; Roppo, 1997; Spattini, 2006; Trimarchi Banfi, 2013 e 2014: 26 sgg.; Ogus, 2000; Ciocca, 2006; Corso, 1998).

In questa logica, la meta dell'abbattimento di ostacoli alla libera circolazione e l'obiettivo della tutela della competizione pongono senz'altro – nel nostro Paese forse più che altrove – l'urgenza di mitigare i problemi creati dalla distribuzione asimmetrica dell'informazione che, all'interno dell'apparato amministrativo, offusca la supervisione delle condotte degli agenti pubblici o delle de-

cisioni rimesse alle disparate articolazioni organizzative (Napolitano, Abrescia, 2009: 203 sgg.; Forte, 2000: 195 sgg.; Brosio, 1989; Moe, 1989; Coase, 1989: 167; Fama, Jensen, 1989: 213; North, 1989: 281; Borcharding, 1989: 299; Lindsay, 1989: 377; Tirole, 1989: 391; Weingast, Marshall, 1989: 435; Raiteri, 2004: 125 sgg.).

È risaputo che queste asimmetrie creano condizioni propizie all'opportunismo, che a sua volta può indurre organi e funzionari amministrativi a perseguire vantaggi di parte – a discapito dell'utilità collettiva – quando si tratti di attingere a risorse comuni.

Queste pratiche preoccupano l'Unione europea non soltanto e non soprattutto come motivo immediato di spreco del denaro dei contribuenti, quanto piuttosto come fattori d'inquinamento del mercato e come causa di disincentivo degli operatori economici a partecipare agli scambi su scala sovranazionale.

Alla luce degli episodi di cronaca che troppo spesso impegnano le pagine dei nostri quotidiani e degli allarmanti resoconti che la magistratura contabile o le autorità di vigilanza periodicamente diffondono, diviene persino superfluo sottolineare che il problema è molto serio e non ammette sottovalutazioni.

Occorre però considerare che una barriera non meno esiziale allo sviluppo degli scambi economici nasce dal rischio di inefficienza.

La conformazione inefficiente o l'uso improprio degli strumenti con cui l'amministrazione opera sul mercato erodono fatalmente il *surplus* che le transazioni economiche sono in grado di generare, sacrificandone l'appetibilità e dunque compromettendo l'interesse delle imprese a prendervi parte e la propensione degli investitori a valicare i confini nazionali.

Politiche efficaci di promozione e di salvaguardia della libera circolazione e della concorrenza, nei vari ambiti dell'intervento diretto, postulano dunque l'assoggettamento delle amministrazioni pubbliche o delle loro emanazioni a un regime capace di coniugare ambedue gli obiettivi (imparzialità ed efficienza), con la coscienza dei loro potenziali attriti.

Intendiamo mostrare ora che, in forza di una lettura superficiale e stereotipata dei principi europei, la prassi amministrativa e giurisdizionale e persino la legislazione interna hanno tenacemente assecondato, nel periodo sul quale siamo chiamati a riflettere, una discutibile propensione (che tuttora sopravvive) a risolvere il tema della tutela della concorrenza in quello dell'imparzialità dell'amministrazione, sottovalutando sistematicamente il tema dell'efficienza.

Questa distorsione di prospettiva si è riverberata sulla struttura e sull'azione amministrativa provocando sclerosi e frammentazioni, piuttosto che unificazione, a danno dell'apertura del mercato.

Muoveremo dalla materia trasversale delle gare – che nelle sue variegate sfaccettature è approfondita dai lavori di Giovanni Cocco, Fabrizio Fracchia, Gian

Franco Cartei, Gianfrancesco Fidone, Simone Torricelli, Diana Urania Galetta e Gherardo Carullo – per illustrare la tesi.

Isolato l'equivoco su questo primo versante, basteranno poche battute per mostrare che esso si ripresenta analogo in tema di imprese pubbliche e modelli di gestione dei servizi pubblici.

3.2 *Procedure competitive*

La disciplina delle gare – plasmata da un processo di osmosi tra ordinamenti in corso ormai dai primi anni '70, epoca in cui sono state emesse le iniziali direttive in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori e forniture – riflette emblematicamente il dissidio tra bisogni concorrenti alla costituzione di un mercato unico (Fidone, 2010; Prosperetti, Merini, 2010; Sorace, 2013; Benacchio, Cozzio, 2012; Cafagno *et al.*, 2013; Comporti, 2011; Ledda, 1982; Pericu, 2009a; Pericu, Gola, 2005; Picozza, 2010).

Semplificando, possiamo dire che la disciplina racchiude due anime; la più antica costituisce retaggio dell'originaria normativa contabile nazionale, la più recente discende dal diritto europeo (Comporti, 2011; Piras, 2015; Cafagno, 2001; Cafagno, 2013).

La prima interpreta automatismi concorsuali e regole di trasparenza come strumenti di controllo delle decisioni di spesa e delle condotte amministrative (Ledda, 1982; Giannini, 1981: 459 sgg.).

Osservata in questa prospettiva la gara, metaforicamente parlando, funge da 'gabbia', cioè sopperisce agli inevitabili deficit dei controlli postumi – aggrava-ti appunto all'asimmetria informativa che sfavorisce l'istituzione pubblica nel rapporto con i propri incaricati – tramite la preventiva e precauzionale imposizione di rigidi protocolli decisionali, volti a neutralizzare il pericolo di indebiti condizionamenti.

Assumendo che sarebbe illusorio tentar di governare e controllare le condotte dei funzionari mediante la sola verifica, a posteriori, dei risultati conseguiti, una rigorosa procedimentalizzazione dei meccanismi di scelta, a priori, si erge a misura utile a prevenire arbitrii, nella consapevolezza del fatto che le amministrazioni sono pur sempre strutture che si aprono alla realtà attraverso gli atti e i comportamenti dei loro organi e dei loro agenti (Rizzo, 1994; Doni, Mori, 2011).

Questa logica induce a considerare tanto più desiderabili quelle rigidità procedimentali che meno spazio concedono alla libertà valutativa dei funzionari e, quindi, alla possibilità di uno sfruttamento opportunistico del vantaggio informativo da essi detenuto, a danno dell'ente e della collettività.

Adottando il secondo e alternativo angolo visuale – sinora valorizzato dalla riflessione economica assai più che dalla dottrina giuridica – le procedure con-

corsuali si prestano a essere indagate non soltanto come meccanismi di controllo, ma anche come mezzi di allocazione efficiente di beni, cioè, se vogliamo, come dispositivi di emulazione controllata delle dinamiche concorrenziali.

Sforzandosi di distillare e di riprodurre artificialmente, all'interno del procedimento, le interazioni tipiche di un mercato competitivo, possono consentire alla committenza pubblica di sfruttare l'antagonismo tra gli aspiranti per mitigare un secondo problema di asimmetria informativa, qualitativamente diverso, nascente dalle debolezze conoscitive che, a potenziale discapito della collettività, concedono spazio all'opportunismo delle potenziali controparti e degli operatori privati, piuttosto dei funzionari pubblici (Dimitri, Piga, Spagnolo, 2006; Klemperer, 1999 e 2001; Doni, Mori, 2011; Schmidt, Schnitzer, 1997; Wolfstetter, 1995)¹².

Se il primo approccio induce un criterio di favore per l'abbattimento della discrezionalità, questo secondo punto di vista preme in una direzione contraria.

L'ormai solida letteratura specialistica in materia di aste, sviluppata al crocevia tra economia, matematica e teoria dei giochi, muovendo dalla pietra miliare costituita dal c.d. 'teorema di equivalenza' di Vickrey, opportunamente richiamato dal contributo di Gianfrancesco Fidone sui partenariati, mostra che semplicemente non esiste un prototipo di gara invariabilmente capace di assicurare risultati efficienti. Limitando il parentetico inciso ad un cenno, nel famoso scritto intitolato *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders* (Vickrey, 1961), William Vickrey, premio Nobel per l'economia nel 1996, ha dimostrato col teorema che i quattro prototipi di asta maggiormente diffusi nella pratica, tanto pubblica quanto privata – cioè la gara a offerte palesi al rialzo, la gara a offerte palesi decrescenti, la gara in busta chiusa alla miglior offerta o al prezzo più conveniente, la gara in busta chiusa al secondo miglior prezzo – esemplificativi, nelle loro diversità, del grande assortimento di modelli cui il disegno delle procedure può attingere, generano risultati equivalenti, sul piano dell'efficienza e dei guadagni del banditore, a condizione che siano soddisfatti presupposti estremamente severi, al punto da risultare sostanzialmente irrealistici. Tra i presupposti dell'equivalenza, la neutralità al rischio dei partecipanti alla gara, la loro 'simmetria', sul piano della qualità delle informazioni possedute, la monodimensionalità dei criteri di confronto, la natura 'comune' o 'correlata' della procedura. Ma proprio l'implausibilità di queste condizioni teoriche eleva il teorema ad argomento dimostrativo che, nella pratica, le forme di gara non sono affatto equivalenti, sicché l'obiettivo dell'efficienza reclama elasticità, nel disegno dei concorsi (Vickrey, 1961; Schmidt, Schnitzer, 1997; Milgrom, 2004).

La conveniente modellizzazione dei procedimenti selettivi richiede viceversa un malleabile adattamento delle regole d'interazione alle caratteristiche del banditore, dei partecipanti, delle transazioni in gioco, del mercato di riferimento.

Poiché l'obiettivo di innalzare efficienza e convenienza impone disegni procedurali flessibili e diversificati, ne discende l'invito a guardarsi dalla rigida standardizzazione.

Sfortunatamente, all'aumentare della complessità delle operazioni economiche cui le gare sono funzionali cresce anche l'idiosincrasia tra la chiave di lettura suggerita dal problema del controllo e la chiave di lettura suggerita dalla meta dell'efficienza.

Anche qui non è possibile dilungarsi quanto sarebbe necessario ad esaurire il tema.

Limitando il commento a qualche rapido cenno e rinviando agli scritti del gruppo dedicati a contratti e concessioni, per coerenti sviluppi e indicazioni bibliografiche, basti segnalare che gli automatismi propedeutici all'intensificazione del controllo degli organi pubblici si adattano poco al bisogno di apprendimento che caratterizza il perfezionamento di transazioni onerose, incerte e di lungo periodo (tali abitualmente sono, ad esempio, gli appalti complessi, le concessioni d'opera o la costituzione di società miste incaricate di gestire servizi pubblici) (Cafagno, 2001).

Le gare improntate all'automatismo che, soprattutto dopo i fatti di tangentopoli degli anni '90 dello scorso secolo, sono andate riscuotendo un favore crescente nella prassi e nella legislazione nazionale, in nome di un sedicente impegno a presidiare la fedeltà ai vincoli comunitari, obbligano i concorrenti a definire condizioni contrattuali e strategie competitive prima del confronto procedimentale, poiché l'offerta, una volta presentata, resta di regola anonima e non revisionabile, sino al giudizio finale dell'organo tecnico. Le committenze, dal canto loro, sono chiamate a preconstituire con dovizia sia le informazioni relative all'oggetto della comparazione, sia i criteri di scelta e il loro peso relativo.

I risultati di queste procedure vengono in breve a dipendere da calcoli e valutazioni in larga misura prefabbricati al confronto concorsuale, durante il quale non sono previsti stadi interlocutori, che permettano di affinare domanda e offerte.

La letteratura dedita all'argomento ha però mostrato che l'impossibilità di acquisire e di sfruttare nuova informazione, in corso di gara, e la conseguente soppressione di quei meccanismi correttivi che sono il propellente di ogni virtuosa strategia adattativa, possono costare molto, in termini di efficienza, quando in gioco sia il perfezionamento di rapporti economici contraddistinti da elevati investimenti e forte incertezza (sugli espedienti utili a mitigare il problema dell'incertezza, all'interno delle gare, anche attraverso procedure ibride e miste, che alternino fasi di competizione aperta a fasi di competizione anonima si vedano Klemperer, 1999; Schmidt, Schnitzer, 1997; Doni, 2005).

Teoria ed esperienza hanno anche insegnato che la disponibilità a concorrere di imprese ragionevolmente impensierite dalla rilevanza degli impegni associabili ad un'eventuale aggiudicazione viene facilmente compromessa dalla prospettiva di dover basare l'onerosa candidatura su congetture non emendabili, maturate al buio (Milgrom, Weber, 1982; Bajari, Tadelis, 2006; Klein, 1998; Rasmussen, 1993: 275 sgg.; Klemperer, 2001).

Viceversa, l'opportunità di aggiustare il tiro – ad esempio consentita dalle aste c.d. *english*, a offerte palesi al rialzo, oppure da procedure competitive multilaterali e aperte (Klemperer, 2001) – alla luce delle strategie dei concorrenti e delle informazioni che esse lasciano trapelare, modera il timore di compiere errori irreversibili, nella formulazione delle offerte.

In breve, procedure fiscali e anonime, le quali tuttavia impediscano alle parti di apprendere le une dalle altre e di moderare incognite e rischi, quando in gioco siano transazioni non banali, possono suscitare fatidiche ritrosie a competere.

La disciplina europea del dialogo competitivo – sinora quasi ignorata dal diritto interno (Cafagno, 2013) – testimonia proprio che un malleabile coinvolgimento delle imprese, già in fase ideativa, risponde alla necessità di concedere spazio all'affinamento delle conoscenze, anche per spronare scoperte e innovazioni, in funzione del perfezionamento di contratti onerosi e incerti (Mosey, 2009).

Sulla falsariga del celebre saggio che Oliver Williamson ha dedicato al tema della concorrenza per il mercato¹³, in vista dell'affidamento di servizi in regime di monopolio naturale (Williamson, 1986) vale la pena di aggiungere che, quando in gioco sia la conclusione di transazioni complesse, che presuppongono investimenti altamente idiosincratici e impegni assai durevoli, la rigidità delle gare promette di risolversi in misura inefficace, oltre che inefficiente (Crocker, Masten, 1988; Goldberg, 1997; Laffont, Tirole, 1993; Milgrom, Roberts, 1994: 200 sgg.; Nicita, Scoppa, 2005: 195 sgg.)¹⁴.

Come giustamente ricorda G. Fidone, il rigore procedimentale non riesce ad azzerare il potere o la necessità di compiere scelte o valutazioni discrezionali ma, più semplicemente, finisce col procrastinarne l'esercizio al momento dell'esecuzione degli impegni convenuti, dislocando i problemi di controllo su un terreno persino più buio e accidentato¹⁵.

Per giunta l'assortimento e la multidimensionalità dei parametri comparativi cui deve fatalmente rimettersi la stima di offerte preparatoria di contratti complessi rende nella sostanza impossibile annullare l'influenza di giudizi soggettivi e il pericolo di inconsistenze valutative, quale che sia il livello di puntigliosità delle commissioni aggiudicatrici (Mori, 2013; Patrone, 2013; Mori, 1997)¹⁶.

Il profilo emerge con chiarezza nel lavoro che Gian Franco Cartei ha dedicato alla tormentata disciplina del *project financing*.

3.3 *Il gap tra diritto interno e diritto europeo*

Di fronte all'attrito tra le istanze in cui si dirama l'obiettivo di salvaguardare il mercato e la libera circolazione, le tendenze che dagli anni '90 hanno preso il sopravvento nell'ordinamento nazionale, emblematicamente ritratte dalla legge quadro sui lavori pubblici, sono andate ispirandosi (almeno sulla carta) a un criterio di prevalenza degli obiettivi di controllo dei funzionari.

Su queste basi è andata diffondendosi l'idea che l'allentamento dei vincoli contemplati dalle direttive o dai Trattati fosse senza dubbio proibito, ma che l'irrigidimento e la moltiplicazione dei limiti procedurali utili ad abbattere la discrezionalità amministrativa costituisse garanzia di una più efficace protezione della concorrenza e di una più fedele trasposizione del diritto europeo.

Per capacitarsi della deriva (analizzata criticamente dalla riflessione di F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accentramento*, in questo volume) senza ripercorrere in dettaglio le varie fasi del recepimento della normativa dell'Unione o l'evoluzione della giurisprudenza e della prassi amministrative interne, è sufficiente posare lo sguardo sull'attuale sbocco di questo processo storico, cioè codice dei contratti pubblici e sull'annesso regolamento attuativo al momento vigenti¹⁷, con la loro soffocante quantità di vincoli, disseminati in migliaia e migliaia di disposizioni, tra commi, articoli e allegati.

Senonché, il diritto europeo non ha mai avallato quest'ordine di priorità, anzi l'ha ripetutamente smentito.

Per prenderne atto, basti pensare alle regole di perfezionamento che il diritto europeo ha concepito per appalti complessi, partenariati istituzionali, rapporti concessori.

Queste fattispecie sono accomunate dalla caratteristica di mobilitare di regola risorse cospicue, non di rado conferiscono posizioni addirittura monopolistiche, dunque prospettano vantaggi mediamente più alti, hanno marcati effetti distributivi. L'innalzamento delle rendite attese ovviamente accentua il rischio che alligni la tentazione di condizionare indebitamente le scelte rimesse ai decisori pubblici (Milgrom, Roberts, 1994 e 1988).

Se il diritto europeo assecondasse l'idea che la prevenzione dei fenomeni di favoritismo o corruzione ha la priorità – come certi indirizzi nazionali parrebbero supporre – sarebbe ragionevole attendersi, in tutti questi casi, l'inasprimento dei vincoli procedurali e l'ulteriore restringimento del potere discrezionale.

Invece il diritto europeo ha legittimato qui metodi duttili di selezione, che addirittura dilatano la discrezionalità.

Le riprove sono numerose.

Ripercorrendo a balzi la successione degli spunti di diritto positivo, è possibile constatare che la comunicazione interpretativa della Commissione europea

del 2000 sulle concessioni¹⁸ pur accreditando l'esistenza di un obbligo di «messa in concorrenza», nel rispetto di criteri trasparenti, non discriminatori, proporzionati, preventivamente stabiliti, ha comunque reputato «il concedente libero di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata, [...] in funzione delle caratteristiche del settore interessato»¹⁹.

La più recente comunicazione interpretativa della Commissione sui PPP²⁰ ha apertamente proclamato che stando al diritto europeo «le amministrazioni aggiudicatrici possono *sempre* ricorrere alla procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara, per l'aggiudicazione di concessioni»²¹.

In generale, una dichiarata propensione a rilanciare l'elasticità dei metodi selettivi ha preso ad informare le istituzioni europee sin dal programma di razionalizzazione della normativa contrattuale avviato con la comunicazione della Commissione del marzo 1998 su *Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*, che esordiva con un moto di insoddisfazione per i frutti sino a quel momento raccolti, a causa della «complessità del quadro giuridico e della rigidità delle sue procedure», per poi annunciare l'intenzione di «semplificare il primo e rendere più flessibili le seconde»²².

Il programma di revisione è avanzato dapprima con le norme di riordino del 2004 e, lo scorso anno, con il notevole scatto segnato dall'approvazione di tre nuove direttive sull'affidamento di concessioni e appalti, nei settori ordinari e nei settori speciali, che si distinguono proprio per il proclamato proposito di favorire la flessibilità e di concedere credito alla discrezionalità delle committenze²³.

Alla base di questa linea evolutiva sta la coscienza del fatto che procedure inadatte a fronteggiare la complessità e l'incertezza congenite alle transazioni non standardizzate valgono a deprimere la concorrenza e la libera circolazione ancor più della rinuncia a un controllo fiscale delle condotte pubbliche.

Il precedente giurisprudenziale con cui la Corte di Giustizia nel 2004 ha casato l'art. 21 della legge Merloni²⁴ conferma chiaramente che questa è la filosofia sposata dalle istituzioni europee.

L'articolo censurato decise – al cospetto di una normativa comunitaria che, regolando le modalità di valutazione delle offerte, rimetteva alle stazioni appaltanti il compito di scegliere tra il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa – di decretare una preferenza aprioristica per il primo metodo, in quanto per sua natura adatto a minimizzare la discrezionalità amministrativa.

Il giudice europeo ha disapprovato, chiarendo che la presunzione di trasformare le procedure competitive in una specie di camicia di forza, entro cui imprigionare stime e valutazioni economiche, in nome del bisogno di vigilare sulla burocrazia, non risponde affatto a genuini e apprezzabili obiettivi di salvaguardia del mercato²⁵.

Occorre aggiungere che il peso dell'assillante moltiplicazione di vincoli e di regole, il cui eccesso è ben esemplificato dall'attuale codice dei contratti, oltre ad immobilizzare l'amministrazione e a causare inefficienza, ha finito col fomentare una deprecabile propensione legislativa a moltiplicare ritrattazioni e vie di fuga, con eccezioni e deroghe le quali non soltanto hanno aggravato la confusione e l'instabilità della disciplina, ma per paradosso hanno in ultima analisi compromesso proprio quella capacità di supervisione dei funzionari che, alla stregua delle intenzioni associate al disegno complessivo, avrebbe dovuto primeggiare.

Il punto è ben messo in evidenza dal contributo di Andrea Farì, il quale condivisibilmente osserva che la proliferazione di discipline speciali, approvate in nome della necessità di fronteggiare presunte emergenze o grandi eventi, certo non ha rafforzato le politiche di prevenzione degli arbitrii (indugiare a titolo esemplificativo sulle vicende Expo pare superfluo) ma nemmeno ha inaugurato quella politica di sfruttamento strategico dello strumento contrattuale da ultimo caldeggiata dall'Unione europea.

Alla luce del ragionamento critico condotto, è auspicabile che la legge di delega al recepimento delle tre nuove direttive, ormai giunta agli stadi conclusivi della gestazione parlamentare, segni un momento di svolta, nella disciplina dei contratti pubblici, introiettando una versione non impoverita della filosofia che realmente anima il diritto europeo.

L'esplícito richiamo del divieto di *gold plating*²⁶ (Mantini, 2015) tra i criteri direttivi del disegno di delega *in itinere*, il contestuale dibattito sull'opportunità di valorizzare gli strumenti di *soft law*, in luogo del pesante strumentario legislativo e regolamentare sinora privilegiato dalla tradizione italiana, all'occorrenza potenziando compiti e funzioni orientatrici di ANAC²⁷ (in tema v. Di Cristina, cit.) sono indici dimostrativi dell'opportuno sforzo di elaborare nuovi registri, che si spera conducano ad una più equilibrata amalgama di vincoli e competenze amministrative.

3.4 In house providing, imprese pubbliche, società miste

Completato il ragionamento sui contratti, occorre ora spendere qualche considerazione sulla forma alternativa di gestione delle transazioni economiche consistente nell'impiego o nella creazione di strutture produttive pubbliche (per una riflessione generale sulle varie forme di governo delle transazioni economiche basti per tutti Williamson, 1998).

Il fenomeno interseca una moltitudine di materie e di argomenti – che vanno dalle liberalizzazioni, alle privatizzazioni, ai vari ambiti delle *public utilities*, alle società a capitale misto, alle società speciali, alle società strumentali, alle società singolari, alle società incaricate della gestione dei servizi locali – la cui in-

quieta e debordante disciplina, propensa a segmentarsi in comparti a tratti molto specialistici, sarebbe impossibile riprendere ora ordinatamente.

Il discorso procederà di nuovo prendendo spunto da questioni interpretative emblematiche, rinviando, per analisi più complete e strutturate, alle relazioni dei colleghi, dedicate ai singoli argomenti.

Nella cerchia delle più accese dispute trasversali cade senz'altro la controversia sui limiti operativi del cosiddetto *in house providing*.

La relazione per l'anno 2015 su *Gli organismi partecipati degli enti territoriali*, resa lo scorso luglio dalla Corte dei conti²⁸ ha dato atto – sulla scorta di un'indagine che ha interessato 4.935 organismi – di un impiego degli affidamenti *in house* (o sedicenti tali) a dir poco sfrenato, nei fatti.

Il documento, illustrando la circostanza, ha riferito che, stando ai risultati acquisiti, «le gare con impresa terza risultano essere state soltanto 90 [su un totale di 26.324 rapporti tra ente ed organismo] e gli affidamenti a società mista, con gara a doppio oggetto, si sono limitati a 366 casi»²⁹.

Sono numeri che colpiscono e che, insieme alle cifre che misurano i risultati gestionali³⁰, indicano un serio problema, registrato con condivisibile preoccupazione dagli scritti di Torricelli, Galetta e Carullo.

Tuttavia anche qui, com'è accaduto dopo la stagione degli scandali che sul finire dello scorso secolo hanno travolto la materia dei contratti, la presa di coscienza dei varchi che hanno favorito l'abuso ha poi suscitato risposte legislative e giurisprudenziali poco equilibrate, tendenti all'estremo opposto, come tutti gli eccessi fatalmente destinate all'inefficacia.

L'uso distorto dell'*in house* è stato per paradosso facilitato dall'instabilità dei rimedi apprestati per porvi freno, a sua volta ingenerata dall'oscillazione tra forzature e ripensamenti, secondo il processo di vicendevole amplificazione degli errori che è tipico del circolo vizioso.

Così (appuntando lo sguardo sui più recenti accadimenti) l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, nello sforzo di arginare il ricorso all'*in house providing* nella gestione dei servizi locali a rilevanza economica, ha delimitato l'ambito operativo dell'istituto molto più di quanto non autorizzasse una lettura obiettiva delle norme europee.

Come tutti sanno, la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 20 luglio 2012 ha cassato la norma.

Alcune decisioni del giudice amministrativo hanno ritenuto che il precedente segnasse l'avvio di una fase di normalizzazione dell'*in house* e hanno coerentemente opinato che la scelta di adoperare l'istituto dovesse limitarsi a esibire gli ingredienti richiesti al corretto esercizio del potere discrezionale, cioè “una valutazione comparativa di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti, l'individuazione del modello più efficiente ed economico, l'adeguata istruttoria e motivazione” [Cocco, 2013]³¹.

L'orientamento [condivisibile, per i motivi che vedremo tra breve] in realtà non trova solido supporto nella sentenza n. 199/2012 della Corte.

A ben vedere, infatti, la pronuncia ha stigmatizzato la riedizione, con norme tampone, di disposizioni abrogate appena l'anno prima, all'esito di una consultazione referendaria, ma ha valutato il gap tra norma nazionale e disciplina europea secondo gli schemi della giurisprudenza costituzionale precedente, in linea di principio disposta ad ammettere la possibilità di norme interne più restrittive di quelle comunitarie [Trimarchi Banfi, 2012: 723 ss.; Caputi Jambrenghi, 2012: 123 ss.; M. Giusti, 2013: 279 ss.]³².

Su queste basi, non può stupire che la legislazione successiva abbia avuto buon gioco nel perpetuare un criterio di sfavore per il modulo dell'autoproduzione, sia pure esprimendolo talora con disincentivi, piuttosto che con bruschi divieti [sulle ragioni del passaggio da una politica di divieti ad una politica di dissuasione, si vedano le considerazioni di Camporesi, 2015].

In questa direzione si è ad esempio mosso il decreto "crescitalia" – con l'avallo della Corte costituzionale³³ – nel regolare le premialità destinate alle politiche di contenimento dei costi, in materia di servizi pubblici [Cocco, 2013]³⁴.

Analoga finalità apertamente dissuasiva è rintracciabile nei vincoli di bilancio introdotti dalla legge di stabilità del 2015, a carico degli enti locali promotori di affidamenti *in house* di pubblici servizi³⁵.

Nel diverso settore della provvista di attività e beni strumentali, alcune recenti norme sulla *spending review*³⁶ hanno manifestato una chiusura anche più radicale, nei confronti dello schema dell'autoproduzione.

Pochi mesi orsono la Terza sezione del Consiglio di Stato (Manassero, 2015)³⁷ ha tratto spunto da queste disposizioni per tornare ad affermare, sulle orme dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 2008³⁸, che l'istituto dell'*in house providing* integra, «prima che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono che l'affidamento degli appalti pubblici avvenga mediante la gara».

Sul presupposto dell'eccezionalità, la sentenza ha desunto che «l'esistenza di una disciplina normativa che consente l'affidamento diretto a livello comunitario non obbliga i legislatori nazionali a disciplinarla, né impedisce loro di limitarla o escluderla in determinati ambiti».

Trattasi di indirizzi che riecheggiano la discutibile filosofia, vagliata criticamente qualche pagina sopra, che ha fuorviato la disciplina dei contratti.

Il diritto europeo non osteggia affatto l'opzione dell'autoproduzione pubblica, alla stregua di giudizi a priori.

Le amministrazioni, così come hanno facoltà di appellarsi al mercato, negoziando (*buy*), sono libere di optare per l'alternativa di autoprodurre, all'occorrenza assumendo le vesti di impresa (*make*) (Brosio, 1988; Cafagno, 2007).

Il diritto europeo prescrive l'osservanza di vincoli di gara, nel primo caso, mentre pretende il rispetto dei principi generali a tutela della concorrenza, cui sottostanno le imprese private, nel secondo caso.

Il lavoro di Diana Galetta e di Gherardo Carullo, in linea con un persuasivo indirizzo teorico, giustamente insiste sul fatto che i due modelli economici e i corrispondenti regimi giuridici (negoiazione e autorganizzazione) restano logicamente e formalmente distinti, nell'ordinamento dell'Unione (Trimarchi Banfi, 2012 e 2013; Dugato, 2013).

In breve, le norme sovranazionali non prescrivono all'amministrazione di ricorrere al mercato; molto più semplicemente prescrivono l'espletamento di un concorso quando l'amministrazione decida di ricorrere al mercato, il che per l'appunto non accade quando essa preferisca autoprodurre (Contessa, 2014)³⁹.

Si è giustamente osservato che la puntualizzazione legislativa e giurisprudenziale dei presupposti cui è subordinata la configurabilità dell'*in house*, compiuta dal legislatore e dalla giurisprudenza europei nei decenni compresi tra la celebre sentenza Teckal⁴⁰ e l'approvazione delle direttive del 2014 (Contessa, 2014)⁴¹, non può essere letta come indice di prevenzione nei riguardi dell'istituto (o, simmetricamente, di preferenza per soluzioni alternative), essendo animata dal ben diverso scopo di tracciare la linea di confine che segna il passaggio dall'area del rapporto di scambio a quella dell'autoproduzione, onde moderare incertezze e prevenire elusioni, senza però intaccare affatto la libertà delle amministrazioni di scegliere (Trimarchi Banfi, 2012).

La dottrina ha mostrato, con analisi convincenti, che, a dispetto di quanto sostenuto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 325 del 2010, né l'analisi testuale e sistematica dell'art. 106 T.F.U.E., né la pertinente giurisprudenza della Corte di Giustizia consentono di rinvenire nei dettami europei sulla protezione della concorrenza la consacrazione di un principio di supremazia del metodo della gara, atto a relegare l'alternativa dell'autoproduzione al ruolo di eccezione (in questo senso, Trimarchi Banfi, 2012, che criticando la sentenza della Corte cost. 325/2010, osserva: «non si può convenire [...] là dove nella categoria delle regole di concorrenza eventualmente derogabili ex art. 106, c. 2 viene inclusa la “regola della necessità dell'affidamento a terzi mediante una gara ad evidenza pubblica”. [...] Il giudice rinvia [...] alla giurisprudenza europea, che viene data per univoca al riguardo; in particolare vengono citate due pronunce su questioni pregiudiziali in tema di gestione *in house*. Né nell'una né nell'altra sentenza si trovano chiarimenti su ciò che deve intendersi per “regole di concorrenza” ai sensi dell'art. 106, c. 2, T.F.U.E., e neppure vi si trova enunciata la regola della gestione a mezzo di terzi scelti con gara. [...] le stesse sentenze che la Corte costituzionale cita chiariscono anche che le amministrazioni sono libere di decidere se provvedere al servizio con l'organizzazione propria o ricorrendo a

terzi, il che smentisce l'esistenza di una regola europea che prescriva di gestire i servizi a mezzo di terzi scelti con gara»; Sorace, 2010: 20).

L'appello stereotipato agli imperativi dell'Europa sulla tutela della concorrenza, per confinare l'*in house*, finisce in questo modo per fungere da viatico a operazioni normative o giurisprudenziali che sono semmai espressione di sfiducia nelle capacità gestionali dell'amministrazione interna e dei suoi funzionari.

Speculare al vizio di prospettiva che nella materia dei contratti ha indotto a invocare la tutela della concorrenza per ingessare il potere di scelta degli amministratori, obliando il tema dell'efficienza, è il vizio di prospettiva che, in materia di servizi pubblici e di affidamenti *in house*, ha indotto alla pretesa di ergere la concorrenza a salvacondotto di misure di contenimento della discrezionalità, finalizzate di reprimere il ricorso all'autoproduzione.

È lecito opinare che – al cospetto di un ordinamento europeo che persino nelle direttive appena approvate enuncia quel «principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche»⁴² accreditato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁴³ e da importanti documenti interpretativi⁴⁴ – l'obiettivo di scongiurare il pericolo di abusi debba sostanziarsi in una più accurata sorveglianza del ricorso all'*in house*, in concreto, piuttosto che in preconcepite emarginazioni normative, dimentiche del fatto che ragioni obiettive di convenienza e di efficienza (come ad esempio difficoltà e costi di transazione dovuti all'incertezza, alla durata, alla specificità degli investimenti richiesti) possono rendere l'autoproduzione fisiologicamente preferibile alla contrattazione (Williamson, 1986).

Allargando la visuale al panorama più ampio delle partecipazioni pubbliche, è possibile scorgere nell'inquieto e caotico vorticare della normativa e della giurisprudenza interne i segnali di una persistente difficoltà, anche su questo versante, a coniugare istanze di governo della discrezionalità e istanze di impiego efficiente dello strumento economico.

La materia è vasta e intricata e, poiché la tesi di fondo dovrebbe a questo punto risultare abbastanza nitida, converrà sorvolare sui dettagli per proporre alcune brevi considerazioni di sintesi.

La letteratura in materia segnala che il tramonto della stagione dell'interventismo in economia, con la sua vocazione al dirigismo politico e all'assistenzialismo, non ha affatto ridimensionato il fenomeno delle partecipazioni pubbliche.

Al contrario, a partire dagli anni '90 i variegati processi di liberalizzazione e di privatizzazione innescati su pressione del diritto europeo⁴⁵ sono andati incrociandosi con un fenomeno di proliferazione di società speciali o strumentali (Chiti, 2009; Clarich, 2009 e 2010; Della Scala, 2013; Dugato, 2013; Scoca, 2005; Goisis, 2006; Ibba, 2011; Luciani, 2012; Pizza, 2007; Scotti, 2013; Valaguzza, 2012).

La sommatoria delle tendenze ha nel tempo incrementato sia il numero delle strutture partecipate (che, stando al rapporto Istat pubblicato nel dicembre

2014, risultavano ben 11.024 nel 2012: Istat, 2014) che la loro varietà tipologica (Marcovecchio, 2012).

Lo studio che Assonime ha condotto nel 2008 sui *Principi di riordino del quadro giuridico delle società pubbliche* ha individuato – alla stregua di una schematizzazione che certamente non rende giustizia alla lussureggiante varietà del fenomeno – almeno tre gruppi di mutazioni, *a latere* delle società in mano pubblica esercenti attività d'impresa: le società attributarie di vere e proprie funzioni pubbliche, le società che prestano servizi strumentali, le società *in house* (Clarich, 2009; Grüner, 2012: 3; Siclari D., 2012: 12; De Nadai, 2012: 24; Cimini, 2012: 47; Siclari R.D., 2012: 55; La Rosa, 2012: 64; Giuffrida, 2012: 76; Marcovecchio, 2012: 104).

È facile costatare che ogni gruppo ammette distinzioni e sottodistinzioni (società costituite *ex lege*, con una loro specifica missione e disciplina, società generaliste, società quotate, società non quotate, società a capitale interamente pubblico, società a capitale pubblico maggioritario o minoritario, società preposte all'erogazione di servizi a rete, distintamente regolati, e così via) cui corrispondono crescenti diversificazioni di regime.

Molti resoconti ufficiali – ad esempio la menzionata relazione della Corte dei conti su «gli organismi partecipati degli enti territoriali» (Marcovecchio, 2009)⁴⁶ – avvertono che in questa rigogliosa propagazione di forme e di articolazioni organizzative lo strumento societario è stato spesso piegato all'obiettivo di forzare regole protettive della concorrenza o di eludere vincoli di finanza pubblica, soprattutto in ambito locale.

Spinto dal consueto riflesso, l'ordinamento ha tentato di contenere gli impulsi elusivi con ulteriori norme speciali o con soluzioni interpretative derogatorie alle comuni regole codicistiche.

In nome della necessità di prevenire arbitrii o sprechi – a dispetto della scarsa tolleranza del diritto europeo all'adulterazione della disciplina societaria, di cui sono espressione le pronunce della Corte di Giustizia in materia di *golden share* (Della Scala, 2013) – una frastornante successione di norme, spesso episodiche, emanate senza visione d'insieme, ha in varia misura e grado, a seconda dei casi, limitato l'autonomia di diritto privato degli enti pubblici soci o promotori, circoscritto l'ambito operativo delle società partecipate, assoggettato a regime concorsuale l'assunzione del personale, sottoposto gli amministratori della società alla giurisdizione della Corte dei conti, contingentato i loro compensi, limitato il ricorso alle procedure arbitrali, premuto per la pubblicizzazione dei controlli.

Il caotico profluvio ha dato vita, secondo un pensiero critico non privo di argomenti, «a una legislazione la cui applicazione appare talvolta incerta, ricca di aporie, che ha diluito la catena delle responsabilità – come conseguenza soprattutto delle difficoltà che ha prodotto sul piano dell'interpretazione giuridica – nel momento esatto in cui intendeva ampliarle» (Antonioli *et al.*, 2015).

Inutile indugiare sul fatto incontestabile che lo snaturamento del modello codicistico, l'affastellamento di vincoli legali su scelte che di norma dovrebbero ricadere nell'ambito dell'autonomia imprenditoriale, secondo valutazioni di mercato, l'incertezza ingenerata dalla frammentarietà e dalla confusione del quadro legislativo e giurisprudenziale, sono tutti motivi di grave ostacolo all'efficienza della gestione⁴⁷.

Non a caso la materia delle partecipazioni societarie, come pure quella dei servizi pubblici a rilevanza economica, sono ambedue destinate all'opera di riordino programmata dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, di riforma della pubblica amministrazione.

3.5 Considerazioni conclusive

Paiono mature le condizioni per qualche osservazione di sintesi, in chiusura della sezione.

Guardando a un passato più o meno remoto, l'analisi condotta, traendo spunto dai lavori del gruppo, ha inteso mettere a nudo l'incoerenza della pretesa di conformare l'intervento della p.a., in veste di attore economico, a logiche di supremazia degli obiettivi di contenimento della discrezionalità, senza riguardo per l'efficienza.

Quando in gioco siano operazioni economiche non banali, quando cioè sia superata una certa soglia di complessità, non v'è quantitativo di regole che possa fare da surrogato a un funzionario capace (Cafagno, 2015).

Il tentativo di sostituire competenze con istruzioni è operazione fallimentare, che il diritto europeo non incoraggia affatto.

Come aveva ben chiaro la commissione Nigro, nel porgere l'inascoltata proposta di abbinare, all'interno della legge generale sul procedimento, il principio d'informalità dell'azione amministrativa alla seria valorizzazione dell'istituto del responsabile del procedimento, semplificazione e professionalizzazione sono due facce della stessa medaglia, due ingredienti di un'unica soluzione (Nigro, 1966; Cafagno, 2012).

Specularmente, inflazione di norme o vincoli e deresponsabilizzazione dei funzionari sono due facce dello stesso problema.

Consapevole di questo nesso, il libro verde sulla modernizzazione degli appalti, che ha contribuito alla preparazione delle direttive approvate nel 2014⁴⁸, ha giustamente ammonito che la valorizzazione delle procedure flessibili deve necessariamente accompagnarsi a un rafforzamento delle competenze e delle capacità negoziali dell'amministrazione⁴⁹.

Entro queste coordinate, la mitigazione dei fattori di debolezza e di frammentazione dell'intervento pubblico, nei settori economici indagati, passa per

politiche d'investimento funzionali alla riqualificazione del personale amministrativo, a complemento e contrappeso dei tagli di spesa e delle aggregazioni organizzative.

Urge altresì un affinamento delle misure di prevenzione dei fenomeni di spreco o corruzione che non si risolvano nell'abituale (quanto inefficace) addensamento di regole e costrizioni procedurali.

I lavori di F. Di Cristina, G. Tropea e D. Siclari mostrano che in questo scenario una funzione d'impulso e un ruolo determinante potrebbero spettare tanto all'ANAC quanto al sindacato del giudice amministrativo o della Corte dei conti, opportunamente corretto e adeguato (Montedoro, 2015; Morbidelli, 2012; Romeo, 2001; Pajno, 2014; Corso, Savona, 2006).

4. Profili critici e ricostruttivi: l'oggetto della regolazione

4.1 Il fuggevole oggetto dello Stato regolatore

Il secondo profilo trasversale che accomuna i lavori del gruppo di ricerca può individuarsi nella consapevolezza delle difficoltà in cui lo Stato regolatore si trova per la natura dell'oggetto trattato, cioè il mercato (Corso, 1999).

Non si vuole qui riprendere la nota questione circa i rapporti tra diritto ed economia, su cui peraltro si è accennato nella parte storica. Oggetto della nostra attenzione è solo un segmento di questo aspetto, legato al tema precipuo dell'unificazione nell'ultimo cinquantennio di storia nazionale.

È necessario prendere le mosse dalla costituzione del mercato unico europeo, nell'ambito di una più vasta globalizzazione dell'economia. Un'evoluzione così radicale determina il passaggio da uno Stato che regola un mercato nazionale ad *un mercato senza Stato*, nel duplice senso della sovrapposizione di un mercato di livello sovranazionale rispetto a quello nazionale e della conformazione di un'economia globale senza regole giuridiche, per l'inesistenza di un livello di governo mondiale. Ciò che accomuna i due fenomeni è la fuga dell'economia dalla regolazione nazionale e, di conseguenza, una modificazione delle strutture amministrative pubbliche.

Tuttavia, non si può trascurare, seppure entro questo quadro, la sopravvivenza di uno Stato, che, attraverso una varietà di soggetti pubblici (ministeri, agenzie ed autorità amministrative indipendenti) continua a regolare l'economia attraverso numerosi e variegati tipi di norme.

In sintesi, il rapporto tra regole giuridiche ed economia viene qui esaminato nel più recente sviluppo dello Stato cd. regolatore, al fine di individuare come si organizzino un sistema multilivello, sempre allo scopo di verificare il modo in cui tali fenomeni influiscano sull'organizzazione amministrativa nazionale.

Tra tutte le partizioni possibili della materia, abbiamo perciò ritenuto utile – a meri fini espositivi – suddividere questo percorso in tre parti: a) l'anomia giuridica dell'economia globale; b) regole di un mercato sovranazionale; c) la settorializzazione della disciplina regolatoria a livello nazionale.

4.2 L'anomia giuridica dell'economia globale

La fuga dell'economia dalla regolazione è palese nel sistema istituzionale globalizzato. L'affascinante utopia di un diritto globale si frantuma di fronte alla debolezza delle istituzioni internazionali ed alla consapevolezza che ordinamenti giuridici differenziati – siano essi statali o sovranazionali sezionali – si confrontano e si sovrappongono senza regole unitarie. E così il diritto non può tener testa ad un'economia globalizzata.

È un'economia senza Stato, nel senso che una regolazione è impossibile per la natura dell'oggetto trattato. È il terreno proprio delle grandi transazioni finanziarie (e delle conseguenti bolle speculative), delle intese commerciali internazionali, delle diverse politiche fiscali che favoriscono o disincentivano gli investimenti industriali.

E finanche le grandi questioni relative alla sopravvivenza del pianeta, come la tutela dell'ambiente, finiscono per essere oggetto di accordi senza effettivo valore normativo, poiché prevalgono considerazioni economiche dei Paesi sottoscrittori: si giunge perciò alla conclusione che il diritto globale dell'economia non è un insieme omogeneo, costituito com'è da «produttori di regole e di decisioni e da intersezioni fra diversi ordinamenti giuridici, nazionali e ultranazionali» (D'Alberti, 2008: 134).

Dovremmo allora chiederci – ma si tratta di un interrogativo a cui non siamo in grado di rispondere – se in un'economia globale senza regole giuridiche possano esistere ordinamenti sovranazionali o statali in grado di regolare l'economia al proprio interno. In altri termini, se un'economia deterritorializzata possa essere poi contenuta e rinchiusa in limitati confini territoriali, siano anche sovranazionali.

Non si vuole ovviamente negare il valore della regolazione, ma solo segnalare che gli eventi globali che influenzano l'economia sono più rilevanti e determinanti delle regolazioni statali e sovranazionali. E non si tratta solo di influenze reciproche tra diversi fatti economici, ma anche di effetti dovuti a vicende di varia natura. Perciò, la crisi delle Borse occidentali può essere dovuta alla diminuita produzione cinese, ma anche a fatti apparentemente poco legati all'ambito economico: è stato, ad esempio, dimostrato come l'andamento di una partita di calcio internazionale possa influenzare il comportamento degli investitori sul mercato finanziario (Edmans, García, Norli, 2007).

4.3 *La regolazione del mercato unico europeo*

Il secondo ambito regolativo è quello connesso allo sviluppo del mercato unico europeo. È bene innanzitutto ribadire – come già rilevato in precedenza – che la trasformazione dello Stato da produttore a regolatore non è una necessità imposta dall'adesione all'Unione europea, poiché ciò che conta per il legislatore europeo è garantire la concorrenza ove anche vi sia un soggetto pubblico produttore di beni e servizi.

Detto questo, è opportuno rilevare come la creazione del mercato unico abbia attribuito sempre più alle istituzioni europee il compito di intervenire nell'economia.

Intanto, permane e si rafforza l'originaria convinzione di costruire un mercato unico dove possano liberamente circolare persone, beni e servizi in prospettiva di un'unità che diventi anche politica ed istituzionale. Garantire la concorrenza rimane la condizione essenziale di un mercato in cui soggetti privati e pubblici concorrono nella produzione di beni e servizi. L'indifferenza quanto al soggetto produttore o gestore non significa che la normativa europea non tenga conto delle asimmetrie a vantaggio di soggetti pubblici *ex* monopolisti o fittiziamente oggetto di privatizzazione. Infine, la supremazia del diritto comunitario conforma l'ordinamento nazionale, ma nel modo distonico che si è già esaminato nel secondo paragrafo del presente lavoro.

Ciò che invece si vuole qui segnalare è un'ulteriore evoluzione del processo di unificazione del mercato europeo, che sottrae poteri e funzioni agli Stati nazionali con modificazioni degli apparati amministrativi statali (Saltari, 2007): anche in questo caso una regolazione senza lo Stato nel senso appena chiarito.

È l'ultima e più recente evoluzione dell'Unione europea nel periodo della crisi economica: è vero che alcuni processi di unificazione sovranazionale con riduzione di poteri ed organi statali erano già stati avviati, ma eventi più recenti hanno accelerato tale processo, determinando un intervento qualitativamente diverso delle istituzioni comunitarie (Sorace, 2013).

Ne è una tra le più chiare espressioni – ce lo ricorda Domenico R. Siclari – la regolamentazione dei mercati finanziari e bancari, sempre più profonda dopo l'accordo di Basilea III, che prevede un progressivo passaggio all'ordinamento europeo della regolamentazione e della vigilanza bancaria, in attuazione del progetto di un'Unione bancaria europea (v. D.R. Siclari, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla 'neutralizzazione' dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*, in questo volume).

In questo ambito un ruolo determinante è svolto dalla Banca centrale europea, per la quale, secondo Filippo Zatti, «il proliferare di compiti, funzioni, poteri affidati alla BCE suscita questioni che non possono essere più sbrigativa-

mente liquidate, a differenza di quanto avvenuto in passato, come infondate o legate a schemi istituzionali desueti» (v. F. Zatti, *Il controllo della BCE sulle economie nazionali*, in questo volume).

Non si tratta più di ampliare poteri convenzionalmente attribuiti dal Trattato, quanto di creare nuove modalità di controllo sulle Banche centrali e, in fondo, sulle politiche di bilancio degli Stati nazionali. A parte i rilevanti profili attinenti alla democraticità di un organo tecnico che vincola assemblee parlamentari nazionali, anche solo dal punto di vista dei rapporti giuridici tra BCE ed organi amministrativi nazionali, le questioni appaiono complesse e non risolvibili con i tradizionali criteri giuridici. Cosicché «la funzione di controllo svolta dalla BCE risulta ambigua da declinare, sotto il profilo giuridico, per l'interessare soggetti giuridici che si dovrebbero trovare in una posizione di reciproca interdipendenza nell'esercizio delle rispettive funzioni» (v. Zatti, cit.).

Si tratta di un trasferimento di funzioni ad un organo tecnico senza una reale opzione federale degli Stati che compongono l'Unione. È prova che si tratti di una via sdruciolevole la preoccupazione espressa dalle Corti costituzionali nazionali e dalla dottrina costituzionalistica.

Rimane il fatto – quanto all'organizzazione amministrativa statale – che tale forma di regolazione comporta la riduzione di funzioni delle amministrazioni statali, come avviene nel caso specifico della Banca d'Italia.

In questa ottica di regolazione/controllo europeo sugli Stati nazionali si pone il controllo sulla spesa compiuto dalle Istituzioni superiori di controllo.

La crisi economica rafforza l'esigenza di un controllo sovranazionale sull'uso delle risorse – soprattutto di quelle europee – in un coordinamento tra Corte dei conti europea e Corti dei conti nazionali. Questo aspetto – invero poco indagato in dottrina – va invece attentamente considerato, poiché, secondo Domenico Siclari «con riguardo all'osservanza dei vincoli di carattere sovranazionale, specie quelli derivanti dal Trattato, la previsione di un controllo di legittimità-regolarità e più in generale dell'*audit* finanziario hanno ben inteso rispondere all'esigenza di consentire il rispetto dei parametri finanziari dell'Unione e dell'equilibrio dei bilanci pubblici, che concorrono alla formazione del conto consolidato» (v. D. Siclari, *Corte dei conti e istituzioni superiori di controllo*, in questo volume).

È difficile giudicare quanto queste misure servano a concretizzare un mercato unico europeo e se ciò sia sufficiente a superare una crisi che appare sistemica e non solo economica (v. Picozza, cit.). Ciò che è certo è che ogni unificazione di sistemi differenti richiede il controllo del mercato e dei prezzi, che è possibile solo governando base monetaria, spesa pubblica, tasso di cambio (il c.d. triangolo magico) (Merusi, 2013). Nel caso dell'Unione è evidente che la sola leva della moneta unica – peraltro non adottata da tutti i Paesi dell'Unione – non abbia potuto garantire l'unificazione del mercato, essendo ancora l'Unione

europea una serie di Stati che adottano una moneta unica pur avendo livello di indebitamento pubblico assai differenziato e diverso livello di pressione fiscale.

Tutto questo impedisce la costituzione di un vero mercato unico europeo. Il descritto rafforzamento della politica finanziaria e della moneta, nonché l'introduzione del *fiscal compact* e del principio di equilibrio di bilancio sono tasselli di un *puzzle* non ancora completo. Come osserva Giulio Napolitano «nonostante i molteplici interventi fin qui adottati, anche con meccanismi di tipo assicurativo su base intergovernativa, si è tuttavia ancora lontani da forme di mutualizzazione del debito simili a quelle adottate dagli Stati moderni al momento della loro costruzione unitaria» (v. G. Napolitano, *Problemi dell'unificazione giuridico-amministrativa del mercato, in Italia e in Europa*, in questo volume).

In conclusione, per i profili che attengono al presente lavoro, l'unificazione del mercato si trasferisce dal livello nazionale a quello europeo, benché manchino importanti segmenti per realizzare questa aspirazione.

È tuttavia innegabile, quanto al profilo dell'organizzazione amministrativa nazionale, che il processo ascensionale delle funzioni abbia comportato riduzioni/soppressioni di funzioni e/o competenze di soggetti pubblici nazionali.

Ma sul rapporto tra effetto conformativo della normazione ed attuazione amministrativa si tornerà più oltre nelle conclusioni.

4.4 *La settorializzazione della disciplina regolatoria a livello nazionale*

Un terzo ambito da esaminare è quello relativo all'ampia attività di regolazione rimasta in capo all'amministrazione statale, attraverso un sistema di soggetti pubblici nazionali. Anche qui allo scopo di dimostrare quanto sia sfuggente l'oggetto da regolare (Giani, 2002).

Come è noto, proprio la categoria della regolazione caratterizza l'esperienza del nostro Stato nazionale dagli anni Ottanta del Novecento. Tra le molteplici ragioni, ampiamente approfondite dalla dottrina, si vuole qui ricordare – tenendo conto del filo conduttore della nostra ricerca – una forzata interpretazione del diritto europeo che vedrebbe con sfavore uno Stato produttore. Invero, l'Unione europea intende garantire la concorrenza per il mercato indipendentemente dalla natura giuridica, pubblica o privata, degli attori in campo.

La seconda suggestione da richiamare in questa sede attiene alla teoria dello Stato 'leggero', del 'ritiro' dello Stato anche in nome di una sussidiarietà orizzontale, molto spesso intesa come inserimento di soggetti privati in servizi attinenti alla responsabilità pubblica (Trimarchi Banfi, 2013: 20) oppure considerata come iniziativa privata che relega l'intervento pubblico ai casi di insufficiente attività dei soggetti privati, analogamente per certi versi all'ipotesi dell'intervento pubblico a seguito del fallimento del mercato (Manganaro, 2014: 45).

Invero non si tenterà neppure di definire cosa sia la regolazione, di cui si discute addirittura la natura transeunte (Trimarchi Banfi, 2012: 103-104) o permanente (Ramajoli, 2013), rinviando all'ampia produzione dottrinale in materia. Su questo punto i contributi di Maria De Benedetto e Paolo Lazzara spiegano ampiamente le ragioni e le contraddizioni della regolazione. Per la prima «la nozione di regolazione è stata, peraltro, oggetto di una faticosa perimetrazione da parte della dottrina italiana che ha visto affermarsi ora una nozione più ampia [talvolta riguardante la stessa materia *antitrust*], ora una nozione più puntuale, volta a ricomprendere i soli e specifici interventi di quelle autorità indipendenti intitolate di funzioni regolatorie, di fatto la cd. regolazione tramite autorità di regolazione» (v. De Benedetto, cit.), il secondo richiama il dubbio della dottrina «se ricomprendere nella regolazione l'attività *antitrust*, oppure, riservare tale qualificazione agli interventi di carattere *suppletivo* in ambiti economici dove il funzionamento del mercato debba essere *corretto*».

Per distinguere la regolazione da situazioni analoghe come la programmazione, si afferma che, sebbene entrambe perseguano fini di interesse generale, la programmazione «oltre a stabilire gli obiettivi sociali, fissa il percorso e predisporre [almeno in parte] i mezzi normativi e finanziari per raggiungerli» (v. Lazzara, cit.). Inoltre, nell'incerto confine tra regolazione e legislazione, la prima sarebbe una modalità di perseguire politiche pubbliche, mentre la legislazione sarebbe una delle forme possibili di regolazione (v. De Benedetto, cit.).

Ad attenuare la indeterminatezza della regolazione ed al fine di migliorarne l'efficacia si potrebbe perciò prospettare – come fa Marco Sica nel suo contributo – una decisione interpretativa anticipata della pubblica amministrazione che, rispondendo ad un interpello preventivo del cittadino chiarisca i contenuti della regola, accelerando la decisione ed evitando successivi contenziosi (v. M. Sica, *Diritto d'interpello e certezza nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*, in questo volume).

Richiamati brevemente i contributi di ordine generale, ci limitiamo ad esaminare il fenomeno dal nostro più limitato angolo prospettico, al fine di verificare quale sia stato l'effetto più o meno unificante della disciplina regolativa e quali effetti abbia prodotto sul sistema amministrativo.

Nel novero delle numerose autorità amministrative indipendenti istituite nel nostro ordinamento (Sanino, 2015), alcune di esse assumono sempre più carattere di soggetto regolatore: è quanto avviene per l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, secondo l'analisi di Fabio Cintioli (v. Cintioli, cit.), per i poteri regolamentari e commendatori della Consob richiamati nel lavoro di Niccolò Pecchioli (v. Pecchioli, cit.), nonché per l'eccezionale forza regolatoria ora attribuita all'ANAC, secondo quanto approfondito nel lavoro di Fabio Di Cristina (v. Di Cristina, cit.).

La disciplina uniforme dettata dalle autorità amministrative negli ambiti economici oggetto di regolazione induce a ritenere che esse abbiano svolto un cospicuo ruolo di accentramento e di uniformità normativa (Manganaro, 2010: 23).

A nostro avviso, esse hanno contribuito alla realizzazione di una nuova forma di unificazione nazionale, attraverso l'uniformità di una disciplina normativa.

Tuttavia si constata, per converso, un'evidente frammentazione sotto un duplice profilo. Innanzitutto, per un'esasperata settorializzazione delle Autorità, il cui numero è cresciuto in maniera esponenziale relativamente a singoli specifici settori o servizi. In secondo luogo, per la riforma costituzionale del 2001, che ha attribuito alle Regioni alcune competenze legislative in materia di reti e servizi, frammentando la disciplina normativa (v. Napolitano, cit.) anche sul finanziamento pubblico, come dimostra il lavoro di Gabriele Bottino (v. G. Bottino, *Il finanziamento pubblico dell'economia: possibilità, condizioni e limiti*, in questo volume).

La regolazione posta in essere dalle Autorità indipendenti, come qualsiasi altra regola di condotta, può essere oggetto di valutazione giurisdizionale, benché il tipo di accertamento nel merito da parte del giudice amministrativo sia piuttosto 'debole' a fronte della specialità della determinazione assunta dall'Autorità indipendente.

L'analisi sul punto svolta da Giuseppe Tropea mostra la 'naturale' competenza del giudice amministrativo in materia di contenzioso sull'economia. La configurazione dell'attività delle Autorità indipendenti come potere ha consolidato la giurisdizione amministrativa (v. G. Tropea, *Il giudice amministrativo, giudice dell'economia*, in questo volume), pur con le lacune – vere o presunte – oggi contestate ad un giudice amministrativo ritenuto colpevole dei ritardi amministrativi, soprattutto nella realizzazione delle opere pubbliche.

Resta il dato di fatto di un elevato contenzioso giurisdizionale, senza paragoni con gli altri Stati europei (v. Napolitano, cit.), anche dovuto alla sostanziale sfiducia nella regolazione (v. De Benedetto, cit.).

4.5 Per una maggiore qualità delle amministrazioni pubbliche

L'analisi condotta – nei limiti e per lo scopo del presente lavoro – dimostra come la regolazione del mercato costituisca ancora oggi la forma principale di strutturazione del rapporto tra soggetti pubblici ed iniziativa economica.

Essa, quanto alla struttura dell'organizzazione amministrativa nazionale – secondo la prospettata tripartizione – produce effetti differenziati, tra strutturazione sovranazionale con cessazione di soggetti nazionali, intersezioni tra soggetti nazionali e dell'Unione europea, accentuati compiti e funzioni di amministrazioni nazionali, prime fra tutte alcune autorità amministrative indipendenti.

Sotto il profilo dell'unificazione, le diverse dimensioni territoriali dei fenomeni esaminati inducono a ritenere che la regolazione possa indifferentemente posizionarsi a qualsiasi livello della scala multilivello di governo, secondo le scelte delle politiche pubbliche da realizzare.

Ma in uno scritto che intende puntare l'attenzione sull'organizzazione amministrativa dell'intervento pubblico nell'economia non si può prescindere da una considerazione essenziale quanto all'effettiva attuazione delle differenti forme di intervento pubblico nell'economia.

L'errore prospettico pare chiaro ove si pensi a quanto sommariamente ricostruito, tenendo conto dei contributi del gruppo di lavoro: l'economia sfugge ad una disciplina normativa intesa come definizione di regole di condotta e dunque ciò che fa la differenza in termini di effettività e di efficienza non è la determinazione delle regole, ma le modalità di attuazione di esse da parte delle strutture amministrative, tanto da lasciare aperta la riflessione se sia sbagliato il modello o la sua attuazione (Trimarchi Banfi, 2012).

Il rafforzamento dell'apparato normativo non è adeguata risposta alle esigenze di benessere e di crescita economica e sociale che sono alla base delle politiche pubbliche di intervento nell'economia. Ne è prova lampante l'inefficienza e la corruzione del settore degli appalti pubblici, pur in presenza di un migliaio di articoli contenuti nel Codice dei contratti pubblici e nel relativo regolamento.

Le diseguaglianze, le inefficienze, le illegalità trovano origine nella disforme attuazione delle medesime regole da parte di strutture amministrative troppo diverse sul territorio nazionale e su quello europeo.

Lo conferma anche Giulio Napolitano, quando afferma che «al di là del dato normativo, tuttavia, quel che è venuta sempre più chiaramente in evidenza è la disparità di capacità amministrativa sul territorio», tanto che «questa disparità di capacità amministrativa inevitabilmente si riverbera sul funzionamento omogeneo del mercato e sulla competitività delle imprese» (v. Napolitano, cit.).

Puntare solo sull'idea di una migliore e più puntuale regolazione non è sufficiente, poiché una visione normativistica non risolve la questione di una disforme ed asimmetrica attuazione di essa.

Molto più necessario è un investimento consistente di risorse economiche per le strutture ed il personale delle amministrazioni pubbliche incaricate di gestire fatti economici in maniera professionale, realizzando interventi organizzativi che vadano dalla maggiore qualificazione e/o riduzione delle centrali di committenza fino al migliore uso dei finanziamenti europei spesso persi per insipienza progettuale o di gestione. L'unico investimento produttivo del Paese è una pubblica amministrazione in grado di essere motore dello sviluppo economico e sociale.

5. Note riassuntive

In sintesi, il presente lavoro, dovendo esplorare l'universo dell'intervento pubblico nell'economia nell'ultimo cinquantennio, si apre con una premessa di metodo ed una ricostruzione storica propedeutica all'esame di alcuni profili problematici, desunti dagli elaborati del gruppo di lavoro.

Nella premessa di metodo, abbiamo perimetrato il campo della ricerca, indicando i macro-settori nei quali sono confluiti i contributi scientifici dei colleghi. In questa parte si è anche precisato che il campo di osservazione del rapporto tra Stato (*rectius*: soggetti pubblici) e mercato avviene tenendo conto dei livelli sovranazionali di governo. Inoltre, una ricerca compiuta nell'ambito degli studi di Diritto amministrativo deve porsi quali modificazioni organizzative e non solo normative siano intervenute in questo torno di tempo.

La parte seconda ricostruisce in sintesi l'evoluzione storica del settore, selezionando tra gli innumerevoli profili possibili, quelli che più di altri mettono in evidenza le differenti modalità con cui diritto ed economia si sono confrontati nel tempo.

Si percepisce in questo *excursus* che il mercato agisce sempre in una necessaria cornice giuridica, ma che tutti i tentativi normativi si scontrano con la diversa natura della regolazione giuridica rispetto a quella economica.

Si guardi alla realtà attuale del cd. Stato regolatore. Sfuggita la leva della moneta, la cui gestione diventa sovranazionale ed essendo limitata la manovra di indebitamento ora sottoposta al regime del fiscal compact e del nuovo principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio, l'intervento pubblico nell'economia vive una profonda contraddizione: da una parte 'insegue' l'economia nella convinzione che le regole giuridiche siano in grado di contenere gli effetti negativi della crisi, cercando di limitare la discrezionalità dell'organizzazione amministrativa che, nei casi migliori, appesantisce le iniziative economiche e nei casi peggiori la sottopone a fenomeni corruttivi.

D'altra parte, tuttavia, l'economia sfugge alla regolazione giuridica nazionale, che, soprattutto in forza della globalizzazione, trasferisce quote di sovranità ad entità sovranazionali, imponendo modifiche organizzative interne assai rilevanti, con la soppressione o la diversa utilizzazione di pezzi di amministrazioni nazionali.

Per questo nella parte terza e quarta si analizza la 'fuga dal diritto' dell'economia sotto due profili speculari che intersecano tutti i lavori del gruppo: la prima linea di pensiero rileva come l'ordinamento interno, appellandosi alla tutela della concorrenza, abbia invero introdotto vincoli propedeutici al controllo dei funzionari amministrativi, che hanno finito con l'immobilizzare quelle dinamiche economiche che avrebbero preteso di salvaguardare. La seconda linea

di pensiero mette in evidenza le difficoltà dell'amministrazione dovute alla natura dell'oggetto da regolare, sfuggibile 'in alto' verso un'economia globalizzata o amministrazioni europee che vincolano gli Stati nazionali ed 'in basso' in una miriade frammentata di settori.

Partendo da questi due profili differenti si giunge alla medesima conclusione secondo cui, quando si ragiona in termini di efficienza economica per il bene delle persone – che è il fine precipuo del nostro ordinamento costituzionale – la determinazione di regole di condotta non sempre conduce agli effetti sperati per la peculiare natura del mercato.

Il pur necessario miglioramento della qualità della regolazione non può prescindere dalle modalità asimmetriche e sub ottimali con cui le regole vengono applicate.

Non vi sono ovviamente rimedi taumaturgici, ma un'evoluzione costante che ha bisogno di continui interventi, soprattutto al fine di qualificare in maniera professionale amministrazioni che intervengono in ambito economico.

Note

- * Nella stesura del lavoro, frutto di una riflessione condivisa, Maurizio Cafagno ha redatto i paragrafi 1 e 3, Francesco Manganaro i paragrafi 2 e 4.
- ¹ Essa include il contributo di E. Picozza, *Diritto dell'economia: strumento di unificazione* e il lavoro di G. Napolitano, *Problemi dell'unificazione giuridico-amministrativa del mercato, in Italia e in Europa*.
- ² Qui trovano collocazione i lavori di P. Lazzara, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*; M. De Benedetto, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*; E. Bruti Liberati, *Politica di concorrenza e politica industriale tra unità e differenziazione*; D.R. Siclari, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla 'neutralizzazione' dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*; M. Sica, *Diritto d'interpello e certezza nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*.
- ³ Con i contributi di G. della Cananea, *Disciplina di bilancio e ordinamento della spesa: concordanze e discordanze* e di G. Bottino, *Il finanziamento pubblico dell'economia: possibilità, condizioni e limiti*.
- ⁴ Con gli scritti di G. Cocco, *Liberalizzazioni*; S. Torricelli, *Le privatizzazioni nelle gestioni dei servizi pubblici. Dalla unitarietà alla disgregazione dei modelli*; E. Boscolo, *L'unificazione attraverso la garanzia delle prestazioni di servizio pubblico*; D.-U. Galetta, G. Carullo, *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*.
- ⁵ Grazie agli approfondimenti di F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accentrato*; G. Fidone, *Il partenariato pubblico-privato*; G.F. Cartei, *La concessione di lavori pubblici*; A. Fari, *L'uso strategico dei contratti pubblici*.
- ⁶ Con i contributi di D. Siclari, *Corte dei conti e Istituzioni superiori di controllo*; F. Zatti, *Il controllo della BCE sulle economie nazionali*; F. Cintioli, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato e il suo ruolo unificante nell'ordinamento*; N. Pecchioli, *Consob e poteri commendatori di conformazione e unificazione del mercato*; F. Di Cristina, *L'Autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*; G. Tropea, *Il giudice amministrativo, giudice dell'economia*.
- ⁷ Fatta eccezione per i due lavori di D.R. Siclari e F. Zatti.
- ⁸ Il relativo comma 3 stabilisce che «l'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico».
- ⁹ Così, testualmente, C. Cost. 94/2013, richiamata nello scritto di G. Cocco, *Liberalizzazioni*, in questo volume.
- ¹⁰ 60° Convegno di studi amministrativi: *Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese*, 18, 19, 20 settembre 2014; si riveda in particolare l'intervento del moderatore, Salvatore Carrubba, già direttore del *Sole 24Ore*, al momento disponibile in <<https://www.youtube.com/watch?v=Mm0-dV4EK88&index=2&list=PLYAyz3J1197SY8iKyETcrk7bxf7ILnr>> (12/2016). Per un quadro relativo alla gestione delle regole e delle procedure amministrative in Italia si veda anche OCSE, *Studi Economici dell'OCSE – Italia, Overview*, febbraio 2015.
- ¹¹ Online all'indirizzo <<http://www.weforum.org>>.
- ¹² Si consultino altresì i saggi online in <<http://www.market-design.com/library-general.html>> (12/2016).
- ¹³ Trattato nei contributi di G. Cocco, F. Fracchia, S. Torricelli, in questo volume.
- ¹⁴ Si legga anche il rapporto dell'AGCM su *Concorrenza e regolamentazione nei servizi di pubblica utilità*, AS026, del 1 luglio 1994, all'indirizzo <<http://www.agcm.it/>> (12/2016), p. 26.

- ¹⁵ La Relazione sulla lotta alla corruzione, da poco pubblicata dalla Commissione europea, COM (2014) 38 *final*, Annex 12 – allegato sull'Italia – p. 12, riferisce che, stando agli studi empirici e ai resoconti della Corte dei conti, «in Italia la corruzione risulta particolarmente lucrativa nella fase successiva all'aggiudicazione» e che spesso, dopo gare formalmente inattaccabili, «la qualità dei lavori viene intenzionalmente compromessa nella fase di esecuzione». In tema si legga anche il cosiddetto rapporto Cassese, Atti Parlamentari XIII Legislatura – Camera dei Deputati, *Rapporto del Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione*, presentato al Presidente della Camera il 23 ottobre 1996.
- ¹⁶ Si legga anche il parere del Comitato Economico e Sociale sul *Rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico-privato* del 19 ottobre 2000, par. 4.2.2.3.
- ¹⁷ In attesa del recepimento delle direttive approvate nel 2014.
- ¹⁸ Comunicazione sulle concessioni del 12 aprile 2000.
- ¹⁹ Il Parere del Comitato economico e sociale *Rafforzamento del diritto delle concessioni e dei contratti di partenariato pubblico-privato (PPP)*, del 19 ottobre 2000, ha commentato quel primo atto di indirizzo addirittura deprecando l'assenza di un esplicito invito a preferire le procedure negoziate competitive, giudicate più adatte a fronteggiare l'alto grado di incertezza che in genere distingue gli affidamenti concessori.
- ²⁰ Comunicazione in tema di *Applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati*, C (2007) 6661, Bruxelles, 5 febbraio 2008.
- ²¹ Paragrafo 2.3 del documento; in questa linea anche il comma 3 dell'art. 5 del regolamento CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2007, n. 1370/2007, in materia dei servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia.
- ²² Comunicazione della Commissione 11 marzo 1998, COM (98) 143.
- ²³ Il quarantaduesimo considerando della direttiva 2014/24/UE esordisce con l'affermazione secondo cui «è indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione» ed è plausibile «che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri». Coerentemente la nuova disciplina degli appalti nei settori ordinari estende notevolmente la possibilità di ricorso alla procedura negoziata competitiva (si vedano gli artt. 26, in materia di «scelta delle procedure», 29, per l'appunto dedicato alla procedura competitiva con negoziazione, nonché 30, sul dialogo competitivo). Altra innovazione all'insegna della malleabilità dei concorsi, volta a facilitare la conduzione di transazioni originali e rischiose, è l'ideazione dell'istituto dei «partenariati per l'innovazione» (art. 31 della direttiva 2014/24/UE). La direttiva 2014/25/UE, regolante l'aggiudicazione degli appalti nei settori speciali, dal canto suo, ha confermato la preesistente libertà di utilizzo della procedura negoziata competitiva, aggiungendovi la più ampia possibilità di ricorso al dialogo competitivo e la simmetrica previsione dei partenariati per l'innovazione. La direttiva 2014/23/UE, in materia di concessioni, ha infine decretato apertamente – con l'art. 37, dedicato alle «garanzie procedurali» – che, ai fini della cernita del concessionario, «l'amministrazione aggiudicatrice [...] può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti» fermo restando che «l'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi non sono modificati nel corso delle negoziazioni» (comma 6).
- ²⁴ Corte di Giustizia, Seconda Sezione, 7 ottobre 2004, procedimento C-247/02.
- ²⁵ Cfr. par. 39 sgg. della motivazione della sentenza.
- ²⁶ Esso, previsto in generale dall'art. 32 l. 234/2012 e dall'art. 14 c. 24 *ter* l. 246/2005 sulla semplificazione, in linea di principio ostacola la «introduzione di livelli regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie», cioè a: «a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i

- destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessari per l'attuazione delle direttive».
- ²⁷ Esempi del tipo di prerogative dell'Autorità della cui espansione si va al momento discutendo sono la costruzione dei «bandi tipo» o l'esercizio della cosiddetta «vigilanza collaborativa», di cui all'art. 4 del regolamento in materia di «vigilanza e accertamenti ispettivi», approvato dall'Autorità il 9 dicembre 2014, entrato in vigore il successivo 30 dicembre, visionabile sul sito dell'Istituzione all'indirizzo <<http://www.anticorruzione.it>>, con relazione di accompagnamento.
- ²⁸ Sezione Autonomie, deliberazione n. 24/SEZAUT/2015/FRG; il documento è redatto ai fini del referto al Parlamento, ex art. 7, co. 7, l. 5 giugno 2003, n. 131.
- ²⁹ La p. 41 della relazione rimanda alla tabella 12; una situazione nella sostanza equivalente è fotografata dalla relazione relativa all'anno 2014, Corte dei conti, Sezione Autonomi, deliberazione n. 15/sezaut/2014/frg.
- ³⁰ A pp. 76 sgg. della deliberazione n. 15/sezaut/2014/frg, cit.
- ³¹ Così T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, 11.6.2013, n. 558; si veda anche Cons. Stato, Sez. VI, 762/2013.
- ³² In questo senso la sentenza della Corte 17.11.2010 n. 325, espressamente richiamata nella motivazione della sentenza n. 199 del 2012.
- ³³ V. sentenza del 20 marzo 2013, n. 46
- ³⁴ Art. 25, comma 1, lettera a), del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, convertito, con modificazioni, in legge 24 marzo 2012, n. 27, recante *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*; ai sensi della disposizione «a decorrere dal 2013, l'applicazione di procedura di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell'ambito o del bacino costituisce elemento di valutazione della virtuosità degli stessi ai sensi dell'articolo 20, comma 2, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111».
- ³⁵ L'art. 1 comma 609, della legge 23 dicembre 2014, n. 190, al dichiarato «fine di promuovere processi di aggregazione e di rafforzare la gestione industriale dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica» ha apportato alcune modifiche all'articolo 3 *bis* del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148. La lett. a) del comma 609 ha previsto, tra di esse, che «nel caso di affidamento *in house*, gli enti locali proprietari procedono, contestualmente all'affidamento, ad accantonare pro quota nel primo bilancio utile, e successivamente ogni triennio, una somma pari all'impegno finanziario corrispondente al capitale proprio previsto per il triennio nonché a redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario *in house*».
- ³⁶ L'art. 4 c. 7 del d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito con modificazioni in legge 7 agosto 2012 n. 135, ha statuito che «al fine di evitare distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori nel territorio nazionale» le amministrazioni «acquisiscono sul mercato i beni e servizi strumentali alla propria attività mediante [...] procedure concorrenziali». L'art. 1 c. 555 della legge 27 dicembre 2013, n. 147 (Legge di stabilità 2014) ha peraltro statuito che «a decorrere dall'esercizio 2017, in caso di risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti» i soggetti titolari di affidamento diretto per una quota superiore all'80% del valore della produzione, ai sensi del comma 554, «diversi dalle società che svolgono servizi pubblici locali, sono posti in liquidazione entro sei mesi dalla data di approvazione del bilancio o rendiconto relativo all'ultimo esercizio».
- ³⁷ Consiglio di Stato, Sez. III, 7/5/2015 n. 2291; la sentenza è pubblicata sulla rivista online *Diritto dei servizi pubblici*, <<http://www.dirittodeiservizipubblici.it>>.
- ³⁸ Ove appunto si trova affermato (punto 8 della motivazione) che «L'*in house*, così come costruito dalla giurisprudenza comunitaria, sembra rappresentare, più che un modello di organizzazione dell'amministrazione, un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, le quali richiedono la previa gara».

- ³⁹ Lapidariamente Commissione europea, Comunicazione in tema di *Applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati*, C (2007) 6661, Bruxelles, 5 febbraio 2008, cit.: «nel diritto comunitario, le autorità pubbliche sono libere di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio ad entità a capitale misto costituite nell'ambito di un partenariato pubblico-privato. Tuttavia, se un soggetto pubblico decide di far partecipare un soggetto terzo all'esercizio di un'attività economica a condizioni che configurano un appalto pubblico o una concessione, è tenuto a rispettare le disposizioni del diritto comunitario applicabili in materia».
- ⁴⁰ Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, causa C-107/98.
- ⁴¹ Si rimanda al lavoro di D.-U. Galetta e G. Carullo, per un'analisi ravvicinata delle innovazioni introdotte dalla disciplina europea appena approvata.
- ⁴² L'articolo 2 della direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, è precisamente intitolato *Principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche* dispone: «1. La presente direttiva riconosce il principio per cui le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare l'esecuzione dei propri lavori o la prestazione dei propri servizi in conformità del diritto nazionale e dell'Unione. Tali autorità sono libere di decidere il modo migliore per gestire l'esecuzione dei lavori e la prestazione dei servizi per garantire in particolare un elevato livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici. Dette autorità possono decidere di espletare i loro compiti d'interesse pubblico avvalendosi delle proprie risorse o in cooperazione con altre amministrazioni aggiudicatrici o di conferirli a operatori economici esterni. 2. La presente direttiva fa salvi i regimi di proprietà degli Stati membri. In particolare non richiede la privatizzazione di imprese pubbliche che forniscono servizi al pubblico».
- ⁴³ Ad es. Corte di Giustizia, Grande Sezione, 9 giugno 2009, in causa C-480/06, secondo cui «un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche»; conformi, tra i molti precedenti, Corte di Giustizia, 6 aprile 2006, in causa C-410/04; Corte di giustizia, Sez. I, 11/1/2005 n. C-26/03.
- ⁴⁴ Comunicazione in tema di «applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati», C (2007) 6661, Bruxelles, 5 febbraio 2008, cit.; Contessa, 2014.
- ⁴⁵ Si rinvia nuovamente ai lavori di G. Cocco e S. Torricelli.
- ⁴⁶ Deliberazione n. 24/seza/2015/FRG, cit.; si veda anche Camera dei Deputati, Servizio Studi – Dipartimento Bilancio, *Le società a partecipazione pubblica*, Dossier n. 337, 4 aprile 2012, al momento consultabile all'indirizzo <<http://documenti.camera.it/leg16/dossier/TESTI/bi0506.htm>> (12/2016).
- ⁴⁷ Si vedano le valutazioni critiche di Assonime, *Principi di riordino*, cit.
- ⁴⁸ COM(2011) 15 def.
- ⁴⁹ Il Comitato economico e sociale, nel parere reso il 13 luglio 2011 sullo stesso libro verde, ha a sua a sua volta rimarcato (par. 3.6.4.) che «la negoziazione di appalti, soprattutto se complessi, richiede [...] che l'acquirente disponga di un considerevole bagaglio di competenze. L'introduzione di una procedura negoziata generale dovrà essere accompagnata da una serie di misure volte a garantire che gli acquirenti possano disporre di personale dotato delle competenze e dell'esperienza necessarie».

Riferimenti bibliografici

- Ahl V., Allen T.F.H. 1996, *Hierarchy Theory: A Vision, Vocabulary, and Epistemology*, New York, Columbia University Press, New York.
- Aimo P. 2015, *L'unificazione amministrativa (legge 20 marzo 1865, n. 2248) e l'evoluzione post-unitaria. Comuni e Province, funzioni e controlli (All. A)*, in *Annale ISAP*, 23.
- Ainis M. 2014, *La semplificazione complicante*, in *Federalismi.it*.
- Allen F.H., Tainter J.A., Hoekstra T.W. 2003, *Supply – Side Sustainability*, Columbia University Press, New York.
- Allorio E. 1956, *La certezza del diritto dell'economia*, in *Rivista del diritto dell'economia*: 1198-1212.
- Antonoli M., Goisis F., Maltoni A., Perfetti L.R. 2015, *Manifesto per una riforma di sistema delle società a partecipazione pubblica*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 9 marzo, <<http://www.dirittodeiservizipubblici.it>>.
- Armitage D. 2013, *Resilience and Administrative Law*, in *Ecology and Society* XVIII (2), 11, in <<http://www.ecologyandsociety.org/vol18/iss2/art11/>> (12/2016); si leggano nella rivista online i due volumi specificamente dedicati al tema *Law and Social-Ecological Resilience*.
- Arthur W.B., Durlauf S.N., Lane D.A. (a cura di) 1997, *The Economy as Evolving Complex System II*, Proceedings, XXVII, Santa Fe Institute, *Studies in the Sciences of Complexity*, Addison-Wesley.
- Ascarelli T. 1956, *Per uno studio della realtà giuridica effettuale*, in *Il diritto dell'economia*: 775 sgg.
- Bajari P., Tadelis S. 2006, *Incentives and award procedures: competitive tendering vs. negotiations*, in N. Dimitri, G. Piga, G. Spagnolo (a cura di), *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Benacchio G.A., Cozzio M. (a cura di) 2012, *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Egea, Milano.
- Berkes F., Colding J., Folke C. (a cura di) 2002, *Navigating Social-Ecological Systems: Building Resilience for Complexity and Change*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Borcherding T.E. 1989, *Per una teoria positiva dell'organizzazione dell'offerta del settore pubblico*, in G. Brosio (a cura di), *La teoria economica dell'organizzazione, Quaderni di "problemi di amministrazione pubblica"*, Formez, 13, il Mulino, 1989: 299.
- Brian Arthur W. 2014, *Complexity and the Economy*, Oxford University Press, Oxford.
- Brosio G. 1988, *Perché esistono le burocrazie pubbliche? Elementi per una teoria positiva dell'organizzazione del settore pubblico*, in *Economia Pubblica*.
- (a cura di) 1989, *La teoria economica dell'organizzazione, Quaderni di "problemi di amministrazione pubblica"*, Formez, 13, il Mulino.
- Cafagno M. 2001, *Lo stato banditore*, Giuffrè, Milano.

- 2007, *Impresa pubblica*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, t. III, Giuffrè, Milano: 1205 sgg.
- 2012, *Il principio di non aggravamento del procedimento*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano: 493 sgg.
- 2013, *Flessibilità e negoziazione: riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5-6: 991 sgg.
- 2015, *Ricette diverse per situazioni diverse*, in *Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese*, Italiadecide, *Rapporto 2015*, il Mulino: 45 sgg.
- Cafagno M., Botto A., Fidone G., Bottino G. (a cura di) 2013, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano.
- Calandra P. 1978, *Storia dell'amministrazione pubblica in Italia*, il Mulino, Bologna.
- Camerlengo Q. 2014, *La tutela dell'unità economica nello Stato autonomista italiano*, in *Le Regioni*, 5-6: 977 sgg.
- Camporesi R. 2015, *Il piano di razionalizzazione delle società partecipate locali nella legge di stabilità 2015*, in *Diritto dei servizi pubblici*, gennaio, <<http://www.dirittodeiservizipubblici.it>> (12/2016).
- Caputi Jambrenghi V. 2012, *I servizi pubblici: dal monopolio alla concorrenza*, in M. Spasiano (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Editoriale scientifica, Napoli: 123 sgg.
- Carbone V. 2011, *Le difficoltà dell'interpretazione giuridica nell'attuale contesto normativo: il diritto vivente*, in *Corriere Giur.*, 2: 153 sgg.
- Cardi E. 2014, *Mercati e Istituzioni in Italia*, Giappichelli, Torino.
- Carnelutti T. 1956, *Certezza, autonomia, diritto, libertà*, in *Il diritto dell'economia*.
- Carullo A. 2005, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova.
- Cassese S. (a cura di) 2012a, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari.
- 2012b, *L'Italia: una società senza Stato?*, il Mulino, Bologna.
- 2014, *Governare gli italiani*, il Mulino, Bologna.
- Cerulli Irelli V. 2010, *Impresa pubblica*, in C. Pinelli, T. Treu (a cura di), *La Costituzione economica: Italia, Europa*, il Mulino, Bologna: 127 sgg.
- Chiti M.P. 2006, *Semplificazione delle regole e semplificazione dei procedimenti: alleati o avversari?*, in *Foro amm.* CDS, 3: 1057 sgg.
- 2009, *Carenza della disciplina delle società pubbliche e linee direttrici per un riordino*, in <<http://www.astrid-online.it>>.
- Cimini S. 2012, *La responsabilità da reato delle società pubbliche*, *Il diritto dell'economia*, XXV (78) (2-2012): 37.
- Ciocca P. 2002, *Un diritto per l'economia?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 3: 887.
- 2006, *Come funziona, e non funziona, una economia di mercato*, in P. Ciocca, I. Musu (a cura di), *Economia per il diritto*, Bollati Boringhieri, Torino: 19 sgg.
- 2007, *Ricchi per sempre? Una storia economica d'Italia [1796-2005]*, Bollati Boringhieri, Torino.

- 2012, *Centocinquant'anni: per una 'teoria della storia economica' d'Italia*, in *Rivista di storia economica*, 1: 9 sgg.
- Clarich M. 2009, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Dir. amm.*, 2: 253 sgg.
- 2010, *Le società partecipate dallo Stato e dagli enti locali fra diritto pubblico e diritto privato*, in F. Guerrera (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino: 1 sgg.
- Clarich M., Mattarella B.G. 2013, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1: 363 sgg.
- Coase R.H. 1989, *La natura dell'impresa*, in G. Brosio (a cura di), *La teoria economica dell'organizzazione, Quaderni di "problemi di amministrazione pubblica"*, Formez, 13, il Mulino: 167.
- Cocco G. 2013, *L'in house providing fra giustizia amministrativa e Corte costituzionale*, in *Diritto dei servizi pubblici*, 5 luglio, <<http://www.dirittodeiserviziubblici.it>> (12/2016).
- Comporti G.D. (a cura di) 2011, *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Contessa C. 2014, *L'in house providing quindici anni dopo: cosa cambia con le nuove direttive*, novembre 2014, in <www.giustizia-amministrativa.it> (12/2016).
- Corso G. 1998, *Attività economica privata e deregulation*, in *Rivista trimestrale di dir. pubbl.*, 3: 629 sgg.
- 1999, *Attività amministrativa e mercato*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 2: 7 sgg.
- 2007, *Liberalizzazione: le premesse di diritto europeo*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2: 279 sgg.
- 2008, *Perché la "complicazione"?*, in *Nuove autonomie*, 3-4: 325 sgg.
- 2011, *Persistenza dello Stato e trasformazioni del diritto*, in *Ars Interpretandi, Lo Stato contemporaneo e la sua crisi*: 107 sgg.
- Corso G., Savona P. 2006, *Società a partecipazione pubblica, controlli e responsabilità. Un confronto europeo*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2, pt. 1: 197 sgg.
- Costanza R., Low B., Ostrom E., Wilson J. (a cura di) 2001, *Institutions, Ecosystems, and Sustainability*, Boca Raton, Lewis Publishers.
- Crocker K.J., Masten S.E. 1988, *Mitigating Contractual Hazards: Unilateral Options and Contract Length*, in *Rand Journal of Economics*, 19: 327 sgg.
- D'Alberti M. 2008, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, il Mulino, Bologna.
- De Benedetto M., Martelli M., Rangone N. 2011, *La qualità delle regole*, il Mulino, Bologna.
- De Gregoriis L. 2012, *Corporate Governance e obbligo di adozione di assetti adeguati, Il diritto dell'economia*, XXV (78) (2-2012): 47.
- De Nadai M. 2012, *Poteri speciali, modelli di governance, e tutela del socio "privato" nelle società a partecipazione pubblica, Il diritto dell'economia*, XXV (78) (2-2012): 24.
- Decaro M. (a cura di) 2011, *Dalla Strategia di Lisbona a Europa 2020. Fra governance e government dell'Unione europea*, Fondazione Adriano Olivetti: 88 sgg.

- Della Scala M.G. 2013, *Le società a partecipazione statale: "società-imprese" ed enti pubblici in forma societaria. Profili di disciplina applicabile. Report annuale 2013 – Italia*, in <<http://www.ius-publicum.com>> (12/2016).
- Denoza F. 2000, *Forme di mercato e tutela della concorrenza*, in N. Lipari, I. Musu (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Laterza, Roma-Bari: 217 sgg.
- 2014, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, CXII (1): 13 sgg.
- Di Gaspare G. 2015, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Giuffrè, Milano.
- Di Plinio G. 2012, *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in G. Cerrina Feroni, G.F. Ferrari (a cura di), *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, Giappichelli, Torino: 65 sgg.
- Dimitri N., Piga G., Spagnolo G. (a cura di) 2006, *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Doni N. 2005, *L'affidamento mediante gara di contratti pubblici: l'importanza della reputazione*, in *Pol. econ.*: 307 sgg.
- Doni N., Mori P.A. 2011, *Appalti pubblici e discrezionalità: problemi e soluzioni secondo la teoria economica*, in G.D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli: 41 sgg.
- Dugato M. 2013, *Le società a partecipazione pubblica*, in *Giornale dir. Amm.*, 8-9: 855 sgg.
- Edmans A., García D., Norli Ø. 2007, *Sports Sentiment and Stock Returns*, in *The Journal of Finance*: 967 sgg.
- Fama E.F., Jensen M.C. 1989, *La separazione della proprietà dal controllo*, in G. Brosio (a cura di), *La teoria economica dell'organizzazione, Quaderni di "problemi di amministrazione pubblica"*, Formez, 13, il Mulino: 213.
- Felice E. 2015, *Ascesa e declino. Storia economica d'Italia*, il Mulino, Bologna.
- Fidone G. 2010, *Principi e disposizioni comuni*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino: 46 sgg.
- Fonderico G. 2009, *Il rapporto doing business per il 2009*, in *Giornale Dir. Amm.*, 5: 551 sgg.
- Forte F. 2000, *Principi di economia pubblica*, Giuffrè, Milano.
- 2011, *L'economia italiana dal risorgimento a oggi. 1861-2011*, Cantagalli, Siena.
- Fracchia F. 2013, *L'amministrazione come ostacolo*, in *Il diritto dell'economia*, XXVI (81): 357 sgg.
- Garmestani A.S., Allen C.R. (a cura di) 2014, *Social-Ecological Resilience and Law*, Columbia University Press, New York.
- Giani L. 2002, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Giappichelli, Torino.
- Giannini M.S. 1981, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Giuffrida A. 2012, *Indirizzo politico e nomina degli amministratori, dei sindaci e delle altre cariche sociali delle società partecipate dallo Stato e da enti pubblici*: 76.
- Giusti M. 2013, *Fondamenti di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova.

- Goisis F. 2006, *Imprese pubbliche*, in *Diz. dir. pubbl.* Cassese, IV, Giuffrè, Milano: 2961 sgg.
- Goldberg 1997, *Regolamentazione e contratti amministrati*, trad. it. in D. Grillo, M. Cossutta (a cura di), *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, il Mulino, Bologna: 342 sgg.
- Graziani A. 2000, *Lo sviluppo dell'economia italiana. Dalla ricostruzione alla moneta europea*, Bollati Boringhieri, Torino.
- Grossi P. 2013, *La costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico post-moderno*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3: 607 sgg.
- 2015, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- Grüner G. 2012, *I. Compiti e ruolo del socio pubblico: direzione (società miste) e dominio (società in house)*, in *Il diritto dell'economia*, XXV (78) (2-2012): 3.
- Gunderson L.H., Holling C.S. (a cura di) 2002, *Panarchy: Understanding Transformations in Systems of Humans and Nature*, Island Press, Washington, D.C. (USA).
- Gunderson L.H., Pritchard L. (a cura di) 2002, *Resilience and the Behaviour of Large-Scale Systems*, Scientific Committee on Problems of the Environment (SCOPE 60), Island Press, Washington, D.C.
- Holland J.H. 1995, *Hidden Order: How Adaptation Builds Complexity*, Helix Books, Addison-Wesley.
- 2012, *Complex Adaptive Systems*, MIT Press, Cambridge.
- 2014, *Signals and Boundaries – Building Blocks for Complexity: A Very Short Introduction*, Oxford University Press, Oxford.
- Ibba C. 2011, *Le società a partecipazione pubblica: tipologie e discipline*, in C. Ibba, M.C. Malaguti, A. Mazzoni (a cura di), *Le “società pubbliche”*, Giappichelli, Torino: 1 sgg.
- Irti N. 2000, *La concorrenza come statuto normativo*, in N. Lipari, I. Musu (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Laterza, Roma-Bari: 59 sgg.
- 2004, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari.
- ISTAT 2014, *Le partecipate pubbliche in Italia*, 22 dicembre, in <<http://www.istat.it>>.
- Klein M. 1998, *Designing Auctions for Concessions – Guessing the Right Value to bid and the Winner's Curse*, in *Public Policy for the Private Sector*, *The World Bank Group*, n. 160.
- Klemperer P. (a cura di) 1999, *The Economic Theory of Auctions*, vol. I e II, Cheltenham, UK, Edward Elgar.
- 2001, *What Really Matters in Auction Design*, Nuffield College, Oxford, feb. 2001, <<http://www.nuff.ox.ac.uk/users/klemperer>> (12/2016).
- La Rosa G. 2012, *La responsabilità degli amministratori delle società pubbliche: tra regime privatistico e regime pubblicistico-contabile*, *Il diritto dell'economia*, XXV (78) (2-2012): 64.
- La Spina A., Majone G., 2000, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino.

- Laffont J. J., Tirole J., 1993, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, the M.I.T. Press.
- Ledda F. 1982, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano: 317 sgg.
- Lee K. 1993a, *Compass and Gyroscope. Integrating Science and Politics for the Environment*, Island Pres, Washington D.C.
- Lee K. 1993b, *Greed, Scale Mismatch, and Learning*, in *Ecological Applications*, III (4): 560 sgg.
- Levin S. 1999, *Fragile Dominion. Complexity and the Commons*, Helix Books, Perseus Publishing, Cambridge, Massachusetts, USA.
- Libertini M. 2011, A “*Highly competitive social market economy*” as a founding element of the european economic constitution, in *Concorrenza e mercato*: 491 sgg.
- 2014, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Mercato concorrenza regole*, 3: 503 sgg.
- Lindsay C.M. 1989, *Una teoria degli enti pubblici*, in G. Brosio (a cura di), *La teoria economica dell'organizzazione, Quaderni di “problemi di amministrazione pubblica”*, Formez, 13, il Mulino: 377.
- Luciani F. 2012, “*Pubblico*” e “*privato*” nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in <<http://www.giustamm.it>>.
- Lunghini G., Mori P.A. 2000, *Per una politica economica della concorrenza*, in N. Lipari, I. Musu (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Laterza, Roma-Bari: 203 sgg.
- Manassero L. 2015, *Vietati gli affidamenti in house alle società strumentali?*, giugno.
- Manganaro F. 2010, *La giustizia innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Il dir. dell'econ.*, 1: 23 sgg.
- 2014, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. amm.*, 1-2: 45 sgg.
- Mantini G. 2015, *Divieto di gold plating e semplificazione normativa nel recepimento delle direttive su appalti e concessioni*, relazione al Convegno organizzato dall'Università Bocconi il 14 maggio 2015, *Le nuove Direttive appalti e il loro recepimento*, in *Osservatorio di diritto comunitario e nazionale sugli appalti*, Università degli studi di Trento, <<http://www.osservatorioappalti.unitn.it>> (12/2016).
- Marcovecchio V.A. 2012, *Presenza e diffusione delle società pubbliche nell'ordinamento italiano*, in *Il diritto dell'economia*, XXV (78) (2-2012): 104 sgg.
- Massera A. 2014, *Impresa Pubblica*, voce Treccani, <<http://www.treccani.it/>>.
- Mattarella B.G. 2011, *La trappola delle leggi: molte, oscure, complicate*, il Mulino, Bologna.
- Mattarella B.G., Natalini A. (a cura di) 2013, *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Passigli, Roma.

- Mazzucato M. 2014, *Lo Stato innovatore*, Laterza, Roma-Bari.
- Merusi F. 2012, *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dall'Unità d'Italia*, in M. Spasiano (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Editoriale scientifica, Napoli: 185 sgg.
- 2013, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Giappichelli, Torino.
- Miele G. 1956, *Il problema dell'adeguamento della norma giuridica al fatto economico. Tecnica giuridica e fatto economico*, in *Il diritto dell'economia*: 4 sgg.
- Milgrom P. 2004, *Putting Auction Theory to Work*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Milgrom P., Roberts J. 1988, *An Economic Approach to Influence Activities in Organizations*, in *American journal of sociology*, 94 (suppl.): 154 sgg.
- 1994, *Economia, organizzazione e management*, il Mulino, Bologna.
- Milgrom P., Weber R. 1982, *A Theory of Auctions and Competitive Bidding*, in *Econometrica*, V (50): 1089 sgg.
- Moe T.M. 1989, *La nuova economia dell'organizzazione*, in G. Brosio (a cura di), *La teoria economica dell'organizzazione, Quaderni di "problemi di amministrazione pubblica"*, Formez, 13, il Mulino: 25 sgg.
- Montedoro G. 2015, *Il giudice e l'economia*, Luiss University Press.
- Morbidelli G. 2012, *Il contributo del giudice amministrativo*, in M. Spasiano (a cura di), *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, Editoriale scientifica, Napoli: 293 sgg.
- Mori P.A. 1997, *Quando l'offerta economicamente più vantaggiosa è davvero vantaggiosa?*, in *Economia Pubblica*: 5 sgg.
- 2013, *Perché il metodo aggregativo compensatore è sconsigliabile per l'aggiudicazione dei contratti pubblici*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano: 356 sgg.
- Mosco G.D. 2013, *La notte delle regole: responsabilità della politica e problemi di tecnica legislativa*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2: 351 sgg.
- Mosey D. 2009, *Early Contractor Involvement in Building Procurement: Contracts, Partnering and Project Management*, Wiley-Blackwell Publishing.
- Motterlini M., Piattelli Palmarini (a cura di) 2005, *Critica della ragione economica*, il Saggiatore, Milano.
- Napolitano G. 2011, *Le norme di unificazione economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1: 97 sgg.
- Napolitano G., Abrescia M. 2009, *Analisi economica del diritto pubblico*, il Mulino, Bologna.
- Nicita A., Scoppa V. 2005, *Economia dei contratti*, Carocci, Roma.
- Nigro M. 1966, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano.
- 1980, *Il governo locale*, I, *Storia e problemi*, Bulzoni, Roma.

- North D. 1989, *Una teoria neoclassica dello Stato*, in G. Brosio (a cura di), *La teoria economica dell'organizzazione, Quaderni di "problemi di amministrazione pubblica"*, Formez, 13, il Mulino: 281.
- Ogus A. 2000, *La regolazione dei servizi privatizzati*, in E. Ferrari (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Raffaello Cortina, Milano: 19 sgg.
- Pajno A. 2014, *Giustizia amministrativa ed economia*, in *giustizia-amministrativa.it*.
- Patrone F. 2013, *Sulla manipolabilità del metodo aggregativo compensatore*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano: 381 sgg.
- Pericu G. 2009a, *La disciplina degli appalti pubblici in Italia*, in *Scritti scelti*, Giuffrè, Milano 631 sgg.
- 2009b, *Privatizzazione e servizio pubblico*, in *Scritti scelti*, Giuffrè, Milano: 833 sgg.
- 2010, *Regolazione e politiche industriali a livello nazionale e locale*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino: 43 sgg.
- Pericu G., Gola M. 2005, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in L. Mazarroli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, II, il Mulino, Bologna: 283 sgg.
- Picozza E. 2010, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Utet, Torino: 29 sgg.
- Picozza E., Ricciuto V. 2013, *Diritto dell'economia*, Giappichelli, Torino.
- Piras P. 2015, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione*, in *Urbanistica e appalti*, 2: 129 sgg.
- Pizza P. 2007, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Giuffrè, Milano.
- Prosperetti L., Merini M. 2010, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Una prospettiva economica*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino: 27 sgg.
- Pugliese G. 1956, *Momento tecnico e momento politico nel problema dell'adeguamento della norma giuridica al fatto economico*, in *Il diritto dell'economia*: 119 sgg.
- Raiteri M. 2004, *Diritto, regolazione, controllo*, Giuffrè, Milano.
- Ramajoli M. 2013, *Liberalizzazione: una lettura giuridica*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta, *Liberalizzare o regolamentare: il diritto amministrativo di fronte alla crisi*. Atti del XVII Convegno di Copanello, 29-30 giugno 2012, Milano: 8.
- Ranci P., Forti A. (a cura di) 2008, *Gli indicatori di competitività dell'economia italiana nel quadro del processo di Lisbona*, Astrid.
- Rasmussen E. 1993, *Teoria dei giochi e informazione*, Hoepli, Milano.
- Ricossa S. 2006, *La fine dell'economia*, Rubbettino, Soveria Mannelli.

- Rizzo I. 1994, *I contratti nella Pubblica amministrazione: considerazioni metodologiche per una verifica empirica*, in *Econ. pubbl.*: 7 sgg.
- Romeo G. 2001, *Il paradosso della giustizia amministrativa*, in *Diritto processuale amministrativo*, 4: 1053 sgg.
- Roppo V. 1997, *Privatizzazioni e ruolo del «pubblico»: lo Stato regolatore*, in *Politica del diritto*, 4: 627 sgg.
- Rossi G. 2006, *Il gioco delle regole*, Adelphi, Milano.
- 2013, *Liberalismo, diritto dei mercati e crisi economica*, in *Riv. soc.*, 4: 749 sgg.
- Saltari S. 2007, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Giuffrè, Milano.
- Sanino M. 2015, *L'approdo dell'esperienza delle autorità indipendenti a oltre venti anni dalla loro istituzione*, Giuffrè, Milano.
- Schmidt K.M., Schnitzer M. 1997, *Methods of Privatization: Auctions, Bargaining and Give-Aways*, in H. Giersch (a cura di), *Privatization at the End of the Century*, Berlino: 97 sgg.
- Scoca F.G. 2005, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*: 239 sgg.
- Scotti E. 2013, *Servizi pubblici locali*, in *Dig. disc. pubbl., Agg.*
- Siclari D. 2012, *Il guazzabuglio normativo in tema di costituzione e mantenimento delle società pubbliche*, in *Il diritto dell'economia*, XXV (78) (2-2012): 12.
- Siclari R.D. 2012, *La responsabilità sociale di impresa e le società pubbliche*, in *Il diritto dell'economia*, XXV (78) (2-2012): 55.
- Simon H. 1988, *L'architettura della complessità*, in *Le scienze dell'artificiale* (trad. it.), il Mulino, Bologna: 208 sgg.
- Smith A. 1776, *Del reddito del sovrano e della Repubblica dell'opera*, vol. V, *Sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*.
- Smith V.L. 2003, *Teoria, sperimentazione ed economia* (trad. it.), in D. Pace (a cura di), *Economia del rischio*, Giuffrè, Milano: 443 sgg.
- 2010, *La razionalità nell'economia* (ed. orig. 2005), trad. it. IBL, Milano.
- Sorace D. 2003, *La desiderabile indipendenza della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Mercato, concorrenza regole*, 2: 337 sgg.
- 2010, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino: 10 sgg. e 20 sgg.
- (a cura di) 2013a, *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale scientifica, Napoli.
- 2013b, *L'amministrazione europea secondo il Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico*, 1: 167 sgg.
- Spasiano M.R. 2010, *La semplificazione amministrativa e la garanzia di effettività dell'esercizio del potere pubblico*, in *Foro amm. TAR*, 9: 3041 sgg.
- Spattni G.C. 2006, *Poteri pubblici dopo la privatizzazione*, Giappichelli, Torino.
- Sunstein C.R. 2014, *Semplice* (trad. it.), Feltrinelli, Milano.
- Taleb N.N. 2013, *Antifragile* (trad. it.), il Saggiatore, Milano.

- Tesaro G., D'Alberti M. (a cura di) 2000, *Regolazione e concorrenza*, il Mulino, Bologna.
- Tirole J. 1989, *Gerarchie e burocrazie. Il ruolo della collusione nelle organizzazioni*, in G. Brosio (a cura di), *La teoria economica dell'organizzazione, Quaderni di "problemi di amministrazione pubblica"*, Formez, 13, il Mulino: 391.
- Tonoletti B. 2014, *Il mercato come oggetto della regolazione*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 1, <<http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it>> (12/2016).
- Trimarchi Banfi F. 1992, *Organizzazione economica ed iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli artt. 41 e 43 della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1: 3 sgg.
- 2012, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5: 723 sgg.
- 2013, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Diritto amministrativo*: 15 sgg.
- 2014, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino.
- Valaguzza S. 2012, *Società miste a partecipazione comunale. Ammissibilità e limiti*, Giuffrè, Milano.
- Van Den Bergh R., Giannaccari A. 2014, *L'approccio più economico nel diritto comunitario della concorrenza. Il più e troppo o non (ancora) abbastanza?*, in *Mercato concorrenza regole*, 3: 393.
- Vickrey W. 1961, *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, in *Journal of Finance*, XVI (1): 8 sgg.
- Visentini G. 2005, *Lo Stato nell'economia liberale*, in *Giorn. dir. amm.*, 10: 1109 sgg.
- Weingast B.R., Marshall W.J. 1989, *L'organizzazione industriale del Congresso; ovvero, perché le assemblee legislative, come le imprese, non sono organizzate alla stregua di mercati*, in G. Brosio (a cura di), *La teoria economica dell'organizzazione, Quaderni di "problemi di amministrazione pubblica"*, Formez, 13, il Mulino: 435 sgg..
- Weizsacker C. 1988, *Come vivere con gli errori? Il valore evolutivo degli errori*, in M. Ceruti, E. Laszlo (a cura di), *Physis: abitare la terra*, Feltrinelli, Milano: 126 sgg.
- Williamson O. 1986a, *Le istituzioni economiche del capitalismo*, trad. it. FrancoAngeli, Milano.
- 1986b, *La gara per la concessione di sfruttamento di un monopolio naturale*, in *Le istituzioni economiche del capitalismo* (trad. it.), FrancoAngeli, Milano: 485 sgg.
- 1998, *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transizione: concetti, strumenti, applicazioni* (trad. it.), FrancoAngeli, Milano.
- Wolfstetter E. 1995, *Auctions: An Introduction*, in *Journal of Economic Surveys*, X (4): 367 sgg.
- Yarrow G. 2014, *Dysfunctions in economic policymaking. Part I: simple stories, complex systems and corrupted economics*, Regulatory Policy Institute pub., gennaio, <www.rpieurope.org>.

- Zamagni V. 2008, *Introduzione alla storia economica d'Italia*, il Mulino, Bologna.
- Zingales U.G. 2014, *L'indagine conoscitiva parlamentare sulla semplificazione legislativa e amministrativa*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2: 552 sgg.
- Zito A. 2010, *Mercati [regolazione dei]*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano: 806 sgg.

STUDI

PARTE PRIMA
IL DIRITTO DELL'ECONOMIA
TRA UNIFICAZIONE DEI MERCATI E GLOBALIZZAZIONE

DIRITTO DELL'ECONOMIA: STRUMENTO DI UNIFICAZIONE

Eugenio Picozza

SOMMARIO – 1. Premesse metodologiche. 1.1 Metodo utilizzato. 1.2 Il concetto di unificazione, i suoi limiti, le sue criticità. 1.3 Il diritto dell'economia: strumento di unificazione. 2. Evoluzione/involuzione della funzione di unificazione. 2.1 La definizione di emergenza, pericolo e rischio. In particolare il rischio sistemico analizzato dal punto di vista economico-finanziario e i suoi possibili contenimenti. 2.2 Il concetto di rischio sistemico dal punto di vista sociale e politico.

1. Premesse metodologiche

Il tema che mi è stato assegnato e che costituisce in un certo senso l'introduzione al presente convegno potrebbe essere, come tutti i soggetti, trattato sotto diversi profili e con differenti metodi.

Ad esempio, secondo una tradizione molto consolidata negli studi di giurisprudenza, potrebbe essere analizzato sotto il profilo e con la metodologia propria dello storico del diritto: infatti questo metodo fu ad esempio, quasi quarant'anni fa, da me utilizzato insieme a Sabino Cassese, per studiare la storia e la tipologia delle pianificazioni amministrative ed economiche degli anni '30 del secolo scorso (Picozza, 1977).

Un altro metodo, altrettanto valido e proficuo – oggi molto utilizzato anche a livello globale – è quello dell'analisi economica delle fonti storiche di diritto dell'economia. Ciò infatti consentirebbe, sia da un punto di vista storico che del diritto vigente, di verificare quale sia stato e sia tuttora l'impatto del diritto dell'economia sulla realizzazione degli obiettivi di unificazione costituzionale e amministrativa del nostro Stato.

Ma ancora, utilizzando il metodo della sociologia giuridica e soprattutto quella di tipo sistemico (Luhmann), si potrebbe verificare ad esempio quale grado di interconnessioni di reti e servizi si sia ottenuto in Italia nei seguenti tre periodi fondamentali: dall'Unificazione al fascismo, durante il regime, e dalla Costituzione alla caduta della Prima Repubblica (Luhmann, 1990a).

Tuttavia dichiaro apertamente che non intendo seguire alcuno di questi modelli, in parte perché non ne ho la competenza specifica, in parte perché tali metodi e tali contenuti sono stati già ampiamente utilizzati in altri saggi e contesti, nonché nei tre manuali che ho finora dedicato a questa disciplina.

1.1 Metodo utilizzato

Dichiarata l'opzione negativa debbo consequenzialmente enunciare quella positiva, pur con tutti i limiti e le cautele che il soggetto affidato mi comporta: si tratta essenzialmente di una scelta di teoria generale del diritto, criticabile come tutte le scelte, ma che, a mio personale avviso, ha oggi una solida base non solo nel diritto italiano ed europeo, ma anche e soprattutto nel c.d. diritto globale dell'economia.

Per conseguire tale scopo, cercherò prima di tutto di dimostrare che un diritto dell'economia si era già affacciato ed imposto (se non altro quale diritto positivo), già nella seconda metà dell'Ottocento: anche se, come spesso accade per motivi di equilibrio tra poteri negli ambiti accademici, una riflessione autonoma inizia piuttosto tardi, rispetto alla realtà del fenomeno giuridico, e cioè non prima degli inizi del Novecento.

I fattori che hanno cospirato contro una concezione unitaria del diritto dell'economia sono numerosi e poliformi: non possono quindi in questa sede essere neppur sommariamente riassunti. Probabilmente uno dei motivi principali che hanno costituito un ostacolo è stato di carattere dogmatico, e cioè il ben conosciuto metodo dell'autonomia del diritto ed in particolare del diritto pubblico imposto da Vittorio Emanuele Orlando sulla costruzione delle relative categorie giuridiche.

Un'altra causa di carattere generalissimo e non certo limitata al solo studio del diritto, è stata la tendenza alla iper specializzazione degli studi universitari e post universitari, tendenza propria della società industriale tradottasi in sede accademica nel desiderio di enfatizzare e coltivare il proprio orticello. Ed in effetti, in questo ipotetico giardino, i frutti del diritto pubblico dell'economia sono stati certamente molto maggiori ed evidenti, per almeno cinquant'anni, di quelli raccolti dal diritto privato dell'economia, il quale ha preso slancio – occorre riconoscerlo con franchezza – solo da quando ha adottato i metodi dell'analisi economica del diritto.

Eppure conformemente al detto comune secondo cui il diritto privato/civile costituisce tutt'ora la madre di tutti i diritti, un solido fondamento dell'autonomia e della unitarietà del diritto dell'economia si trova già nelle grandi teorie generali sulle situazioni giuridiche soggettive proposte a cavaliere del secondo ottocento e del primo novecento, precisamente quando la giurisprudenza dei concetti ben sintetizzata dai post pandettisti si contrappone alla giurisprudenza degli interessi.

Così se Windscheidt (Windscheidt, 1882) – sulla scorta della definizione del diritto soggettivo come signoria della volontà proposta da Friedrich Carl Von Savigny (Von Savigny, 1840) – insisteva ancora sulla concezione del diritto sog-

gettivo come potere della volontà direttamente riconosciuto e protetto dall'ordinamento giuridico, viceversa Rudolf Von Jhering (Von Jhering, 1921-1924) contrappone decisamente e realisticamente la concezione «economica» del diritto soggettivo medesimo come interesse del soggetto alla realizzazione di un proprio bisogno direttamente protetto dall'ordinamento. Teoria questa posta non solo alla base della dicotomia tra diritto soggettivo e interesse legittimo quale interesse occasionalmente protetto, introdotta in Italia da Oreste Ranelletti (Ranelletti, 1912), ma teoria destinata ad affermarsi stabilmente nel tempo, come dimostra la recezione a distanza di settant'anni di tale categoria giuridica in un importante manuale di diritto privato e nell'opera sull'impresa come diritto soggettivo dell'imprenditore (Nicolò, 1962). A nulla valse il richiamo accoratamente esposto da un filosofo della levatura di Benedetto Croce nel pamphlet «sulla riduzione della filosofia del diritto all'etica o all'economia», intuizione invero profetica destinata a durare in forme contrapposte e a volte anche polemiche fino ai giorni nostri attraverso passaggi epocali quali si rinvengono nelle opere di Kelsen, Hart, Dworkin da un lato; ovvero Von Hayek, Von Mises, Bruno Leoni, R. Posner dall'altro. Infatti che la scienza dell'economia abbia avuto partita vinta sulla filosofia etica mi sembra una circostanza assodata in tutto il mondo, anche se ogni tanto vi è qualche sussulto normativo sui concetti etici di trasparenza, conflitto di interessi, misure anti corruzione etc. In realtà, come è stato efficacemente dimostrato da un brillante e giovane studioso, è lo stesso concetto di valore che è passato dall'etica all'economia (Zhok, 2001). Oggi infatti ci si deve serenamente interrogare se l'introduzione di queste misure sia effettivamente inquadrabile nel concetto 'etica'; ovvero se in realtà si tratti di misure economiche tese a tutelare il mercato, la libertà di concorrenza e l'accesso effettivo alla libera prestazione dei servizi mediante il principio della par condicio. Un altro fattore determinante del passaggio dall'etica all'economia fu, sempre a cavallo tra fine ottocento ed inizio novecento, la teoria della apparenza nel negozio giuridico, già codificata in modo marginale dal nostro Codice civile del 1865 all'art. 1913, ma in realtà utilizzato come grimaldello dalla giurisprudenza dell'epoca per ricavarne un principio di ordine generale (Falzea, 1958). Osservo incidentalmente che al medesimo Maestro si deve da ultimo un'altra voce determinante per l'obiettivo del diritto dell'economia come strumento di unificazione, e cioè la voce *Complessità giuridica* che ha prodotto nell'intero contesto europeo e dell'area occidentale, scelte irreversibili di semplificazioni e liberalizzazioni legislative, regolamentari, amministrative, negoziali e perfino giurisprudenziali (Falzea, 2007).

Date queste premesse «unificanti» sulla concezione in senso economico di due categorie giuridiche fondamentali per il diritto, quale quelle delle situazioni giuridiche soggettive e quella del negozio giuridico, mi sembra evidente non

poter negare che il diritto dell'economia sia apparso nei fatti unitario già alle origini e che non sia stato riconosciuto come tale solo per motivi di cattedre o di compromessi politico religiosi alla base della nostra Costituzione del 1947.

Del resto uno studioso accorto ed originale quale Gary Minda già all'inizio del secolo ventunesimo, inserisce l'analisi economica del diritto tra le c.d. teorie post moderne, legittimandone, in un certo senso, l'appartenenza alle tendenze più importanti della filosofia del diritto «post moderna» (Minda, 2001). Sotto questo profilo non c'è esempio migliore da rappresentare ai nostri studenti per contrapporre il normativismo (Kelsen, 2013a) e l'analisi economica del diritto del racconto dell'episodio biblico sulle tavole della legge contenuto nella Genesi: precisamente quando Mosè ritorna dal monte Sinai con le tavole della legge ricevute direttamente da Dio (il diritto rilevato) e trova il cognato Aronne che foggia il vitello d'oro prendendo a legittimazione ed esempio il diritto «comparato consuetudinario» delle vicine popolazioni. Anche se Kelsen non avrebbe gradito la qualificazione della propria dottrina generale del diritto come religione secolare, tuttavia è un fatto che il normativismo ha sempre una base trascendente del diritto come dimostrato nel celebre libro di Franco Cordero (Cordero, 1967).

Ma, come è noto, la teoria normativistica del diritto era già entrata in crisi ancor prima dell'approvazione delle Costituzioni europee del secondo dopoguerra, sostituita dalle tendenze del realismo giuridico sicché si deve solo al ritardo culturale italiano se tale unitarietà del diritto dell'economia viene riconosciuta solo nel 1990 con l'approvazione dei settori scientifico-disciplinari in cui nel settore jus/05X confluiscono tutte le sue principali componenti ad eccezione del diritto penale dell'economia, utopicamente dovuto in parte ad una conservazione della visione etica del diritto penale, ma più probabilmente alla conservazione del potere della disciplina. Ma già ben prima sono fioriti atenei, dipartimenti, corsi di laurea, genericamente dedicati a *Law and Economics* ed è riconosciuta la partizione generale in diritto globale dell'economia, diritto internazionale dell'economia, diritto comunitario dell'economia e finalmente diritto nazionale e diritto locale.

1.2 Il concetto di unificazione, i suoi limiti, le sue criticità

Sulla base dei solidi presupposti delle teorie generali e delle dogmatiche giuridiche di un passato non troppo remoto posso senz'altro introdurre la seconda parte della mia relazione per dimostrare che il diritto dell'economia uno ed unitario è uno strumento principale di unificazione giuridica, oltre che economica.

Occorre per questo però rappresentare cosa si intenda per unificazione in senso giuridico. Infatti, che ad esempio il diritto pubblico dell'economia sia stato uno strumento di unificazione nel nostro Stato è fin troppo evidente. Basterebbe

sotto questo profilo il richiamo a tre grandi categorie di istituti giuridici, ciascuno distante dall'altro qualche decina di anni:

- l'istituto delle concessioni-contratto per la creazione delle reti infrastrutturali stradarie e ferroviarie subito dopo l'unità d'Italia;
- le municipalizzazioni dei servizi pubblici nei primi anni del Novecento con la creazione dei servizi pubblici locali a rete;
- ed infine, in tempi più recenti, l'esperienza straordinaria dei primi quindici anni della Cassa del Mezzogiorno per la ricostruzione o per la realizzazione delle infrastrutture del Mezzogiorno d'Italia.

Il mio intento è invece quello di dimostrare, sulla scorta dell'insegnamento di M.S. Giannini, l'esistenza di un concetto «giuridico» di unificazione. L'insigne maestro infatti aveva già intuito fin dal 1981 (Giannini, 1981: 615-616) il distacco dalla funzione di coordinamento propria della collegialità di governo, di una funzione di unificazione che si può presentare in due modi, che con il linguaggio odierno definiremmo rispettivamente di *soft law* e di *hard law*.

«Nella prima figura, consistente nell'approntamento di disegni operativi razionali, vi è un'attività preliminare avente natura conoscitiva (di studio) che sia affidata ad un ente, per esempio un ente funzionale, o ad un organo dell'amministrazione, è mera statuizione positiva poiché ciò che ha rilievo ha la sorta del disegno elaborato».

Tale è il caso degli standards urbanistici, ambientali, culturali. Nella seconda figura invece, abbiamo una delle applicazioni del concetto di conformazione delle situazioni giuridiche soggettive (Giannini, 2000: 656-657), proprie delle società di massa ed in particolare delle programmazioni economiche:

«Nell'unificazione in senso proprio si ha invece un procedimento amministrativo ablatorio personale. Esempio tipico è l'UNI: i provvedimenti con cui si determinano le conformazioni dei prodotti industriali sono provvedimenti di ordine, ad ogni fine. È però vero che le norme positive possono adottare più modi in ordine all'intensità e alla vincolatività dell'ordine, onde si spiega come il contratto tipo imposto da un ministero possa essere, a seconda delle norme, relativamente o assolutamente vincolante, e così fino a materie apparentemente più modeste, come l'adozione di modelli uniformi di stampati. I procedimenti di unificazione nel settore economico così come in quello organizzativo ed operativo, sono in espansione continua, e possono far sorgere anche delicati problemi positivi, in relazione agli ambiti degli effetti».

Come è noto almeno la seconda modalità della funzione di unificazione in senso stretto è nata oltre i confini italiani con le ISO9000 a ridosso della Seconda guerra mondiale, così come abbiamo importato le c.d. Guide Lines. Sotto questo profilo quindi, soprattutto attraverso il diritto europeo dell'economia ed in mi-

sura più settoriale, (ma solo per il momento), attraverso il diritto globale dell'economia, sono stati introdotti potenti fattori di unificazione dei concetti e delle categorie giuridiche.

Ad esempio appartengono al diritto europeo dell'economia (come ho cercato di dimostrare già venti anni fa), e non al diritto amministrativo, categorie di eccezionale rilevanza, anche dal punto di vista pratico, quali i servizi di interesse generale, economico e non economico; gli obblighi di servizio pubblico in senso generale o negoziale; la concezione del servizio universale e i suoi addentellati.

Ed infatti la comunità economica europea adotta il concetto *tout court* economico di servizio quale prestazione corrisposta normalmente dietro retribuzione nel campo della produzione, del commercio, dell'agricoltura, dell'artigianato e delle libere professioni, ispirandosi decisamente al tipo dello stato sociale di mercato, contrapposto allo stato sociale di diritto che nasce dalla ceneri della costituzione di Weimar, e si impone anche per l'influsso angloamericano, nella costituzione tedesca del secondo dopoguerra.

Appartiene sempre alla Comunità europea la più profonda opera di sistemazione, anche in dettaglio, del diritto ambientale nel quale la funzione specifica di unificazione mediante standards, minimi e massimi, ha assoluto rilievo. Ma così è anche per il diritto processuale dell'economia dal momento che la Corte di Giustizia adotta un concetto di effettività della tutela giurisdizionale molto più economico che non etico tradotto nel divieto di impossibilità eccessiva, difficoltà di accesso, eccessiva onerosità, ragionevole durata, ma anche nei paralleli concetti di pienezza e completezza della tutela richiesta.

1.3 Diritto dell'economia: strumento di unificazione

Nel contempo altrettanto unificante appare il ruolo svolto dal diritto globale dell'economia, ad esempio per quanto riguarda la sostituzione delle procedure negoziali, sia mediative che arbitrali, a quelle giurisdizionali.

Dal punto di vista sostanziale, come già accennato, appartengono al diritto globale le funzioni di unificazione mediante standardizzazione nel campo delle norme specifiche, e regole tecniche.

Ma anche su singoli istituti che vengono in mente, quali i *purchase agreements*, *finance projects*, *finanza strutturata* ecc., nonché per il sorgere di organizzazioni internazionali per la composizione bonaria delle controversie. In questa prospettiva la distinzione pubblico- privato non ha più alcuno spazio.

Assodato dunque che il diritto dell'economia è uno strumento di unificazione giuridica sia in senso generale che specifico occorre ora rispondere all'altro interrogativo fondamentale che ho posto come tassello finale della mia analisi: unificazione strumento o unificazione finalità?

Infatti fin qui abbiamo esaminato sommariamente l'evoluzione del diritto dell'economia come strumento di unificazione territoriale partendo dalla sovranità dello stato per approdare agli incerti confini della c.d. sovranità globale.

Tuttavia nel momento stesso in cui il diritto dell'economia si fa strumento esso non può non condividere – per lo meno nell'ambito del ruolo che gli istituti giuridici rivestono all'interno di una determinata società civile e politica – le finalità storicamente cangianti della unificazione medesima.

A questo punto purtroppo, e necessariamente, la trattazione si fa meno ottimistica, rispetto alla descritta ipotesi ricostruttiva; ed è cosparsa di luci ma anche di ombre, rigorosa ma al contempo incerta sui suoi destini, condividendo un'ansia che sta scuotendo alle radici l'intero edificio della civiltà occidentale.

Infatti tutto è andato bene fino a quando il modello capitalistico dell'accumulazione non ha subito scossoni o sconfitte e comunque si è saputo riprendere, ad esempio dopo la grande depressione degli anni venti dello scorso secolo. Per quanto ci riguarda più direttamente possiamo affermare, al quanto ottimisticamente, che detto periodo si è protratto all'incirca fino alla fine degli anni Settanta dello scorso secolo. Ma dopo è tutta un'altra storia ed è compito di un giurista indipendente narrarla senza pregiudizi e senza veli.

2. Evoluzione/involuzione della funzione di unificazione

a) Il primo momento storico, come ricordato in tutti i Manuali, è quello iniziale con la nascita delle prime programmazioni, degli enti pubblici strumentali, di servizio, sanità e assistenza: è anche il periodo della nascita dei primi manuali tra i quali spicca quello di Huber ricordato da Giannini.

b) Il secondo momento che si consolida negli anni '30, e soprattutto con la Costituzione Economica, è il momento di maggiore sviluppo sempre del diritto pubblico dell'economia, con la creazione del c.d. sistema misto ben sintetizzato negli articoli 41/43 della Costituzione e spinto fino all'utopia di una legge sulla programmazione economica nazionale. È il momento della creazione dei grandi Enti Pubblici a partecipazione statale e del loro distacco dalla Associazione di Categoria, la Confindustria. È il momento del maggiore sviluppo del diritto pubblico dell'economia come dimostra del resto la comune denominazione dei manuali di studio.

La crisi petrolifera degli anni '70 e la successiva degradazione e disgregazione del sistema politico, l'emergere delle società multinazionali, hanno comportato anche una relativa degradazione del contenuto del diritto pubblico dell'economia divenuto indicatore più di un modello conservativo che innovativo.

c) Il terzo momento è senz'altro individuabile a livello internazionale con la firma dell'Atto Unico Europeo (1992) e a livello nazionale con la fine della pri-

ma Repubblica (1993). Le ragioni della unitarietà assunta dalla disciplina erano e sono evidenti: anche in questo caso ci sono tre passaggi epocali nei rapporti tra Stato e Società Civile: separazione ottocentesca tra Stato e Società; integrazione politica lungo il corso di quasi tutto il novecento; riduzione della sfera politica e predominio del potere economico/finanziario dagli anni '90 fino all'epoca attuale. (Forsthoff, 1971).

Forsthoff non cita espressamente il potere economico, ma piuttosto quello tecnico e tecnologico che peraltro, come è noto, è quasi sempre al servizio del potere economico di cui è il principale strumento.

Molti anni dopo Natalino Irti scrive un tragicomico pamphlet sulla politica tra teocrazia e tecnocrazia. Nel frattempo, come avevo intuito e descritto nel libro del 1996, la problematica del diritto pubblico dell'economia si trasferisce prevalentemente a livello europeo ed internazionale e ciò giustifica ampiamente il passaggio del settore disciplinare da Jus 05 a Jus 12 Diritto internazionale quale sottosectore insieme alle politiche dei mercati finanziari e a quelle agroalimentari.

Vi è evidentemente sotto l'ideologia che anche i rapporti tra politica ed economia si sono trasferiti dal livello nazionale a quello europeo ed internazionale, anche se secondo autorevoli studiosi come Jacques Attali, e diversamente dal pensiero di Sabino Cassese, gli Stati non si stanno riorganizzando, ma stanno proprio perdendo la battaglia contro i poteri economico/finanziari sicchè ad avviso del saggista francese la vera battaglia finale sarà proprio tra le Banche e le Compagnie di Assicurazione per motivi che illustrerò più avanti nella trattazione.

2.1 La definizione di emergenza, pericolo e rischio. In particolare il rischio sistemico analizzato dal punto di vista economico-finanziario e i suoi possibili contenimenti

Comunque sia è solo in questo periodo che si cominciano ad affrontare anche nel diritto dell'economia i temi dell'emergenza, del pericolo e del rischio, consentendomi così di passare alla trattazione del secondo argomento di questa seconda parte.

Come è noto il primo di questi concetti ad essere giuridificato è quello della emergenza anche perché aveva dalla sua una lunga tradizione dogmatica (basta pensare al classico lavoro di Giovanni Miele).

Al diritto amministrativo dell'emergenza è stato dedicato anche, se non erro, un Convegno apposito della AIPDA, Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo.

Esso è nato soprattutto in campo ambientale a seguito di alcuni disastri ecologici, quali in Italia quello di Seveso, ed è intimamente collegato ai concetti di rischio e di pericolo dei quali appare un concetto di specie rispetto al genere.

Il diritto economico dell'emergenza è stato quello precedente alla Prima e alla Seconda guerra mondiale, ma in tali casi l'emergenza era concetto esterno al diritto dell'economia basando infatti i suoi presupposti sulla 'economia di guerra' vista come evento eccezionale, entro certi limiti non prevedibile e non ripetibile.

Proprio come insegnava Giannini il diritto positivo deve avere l'umiltà di prendere le mosse da altre discipline ed in particolare da un lato dalla sociologia e dall'altro dalle scienze politiche, per limitarci al campo delle scienze sociali (più avanti dimostreremo il forte impatto delle scienze cognitive sui concetti di rischio e di pericolo soprattutto nell'ambito della Neuroeconomia e della Finanza Comportamentale) (Beck, 2000; Luhmann, 1996).

L'insigne autore, massimo esponente della c.d. sociologia sistemica, (metodo d'indagine per noi prezioso, perché ci riporta al concetto di 'rischio sistemico' di cui parlerò più avanti), ha infatti profondamente analizzato la differenza tra il generico concetto di 'pericolo' e quello specifico di 'rischio'.

Infatti mentre il pericolo deriva da eventi che sono, o comunque vengono percepiti, come 'esterni' rispetto ad un sistema o ad un campo di possibilità definiti e quindi in ultima analisi dipende dall'ambiente in cui viviamo (inteso in senso lato), il rischio è insito nelle stesse decisioni del sistema e dunque appare congenito al suo funzionamento.

Una seconda fondamentale differenza posta in luce da Luhmann è che il concetto di pericolo esprime una mera possibilità, anche imminente, ma incerta, mentre il rischio è contingente, cioè è un concetto di potenza ed è connesso da uno stretto legame con il presente, come dimostra una per tutte l'esempio del rischio di inquinamento ambientale (una bella analisi in Fiorini, 2005, dal cui contributo ho tratto le definizioni testè riportate).

Ed è per questo che essendo una riduzione dall'universale (pericolo) al particolare (rischio) questo termine è entrato nel linguaggio della sociologia e della stessa economia.

In effetti come sottolinea Luhmann (Luhmann, 1966: 56 sgg. nella sintesi sopra descritta): «Mentre il pericolo va temuto, affrontato o esorcizzato, il rischio va essenzialmente prevenuto, come la malattia, l'inquinamento o la disoccupazione, laddove la prevenzione stessa, però, costituisce a sua volta un rischio.

Il rischio che la prevenzione stessa sia insufficiente o addirittura inutile, come molti commentatori hanno ritenuto, rispetto all'efficacia nel lungo periodo dell'attuale manovra della BCE attraverso il Fondo Salva-Stati rispetto alle insidie della speculazione finanziaria internazionale. «Infatti se il pericolo richiama coppie oppostive del comportamento umano quali la paura e il coraggio e l'azzardo ha a che fare con la temerarietà e la fortuna, il rischio ha a che fare con il danno, la prevenzione, il calcolo e l'impresa, la probabilità e l'investimento».

Definito così il rischio nei suoi aspetti generali, dobbiamo fare un ulteriore passo in avanti e cioè tentare di dimostrare quando è che il singolo rischio si trasforma in un rischio sistemico e quindi prelude o rende possibile il passo finale, la crisi e il collasso di un sistema economico o addirittura sociale. La differenza chiama in causa la c.d. teoria dei sistemi ed in particolare la differenza tra funzione e struttura del sistema.

Sotto questo profilo, una volta tanto, le opinioni di giuristi, economisti, sociologi e perfino cultori delle scienze della natura sono concordi: il rischio ha natura funzionale quando pur toccando uno degli elementi essenziali ai fini della costruzione di un sistema, può essere affrontato validamente mediante l'adozione di misure congiunturali anche permanenti o transitorie, ma comunque tali da non mettere in crisi l'intero sistema.

Invece il rischio ha carattere sistemico quando vengono a manifestarsi al suo interno uno o più eventi che possono provocare mutazioni essenziali (cioè strutturali) all'intero sistema preso in considerazione.

E che, perlomeno a livello di ordinamento giuridico europeo, la crisi economica abbia assunto carattere 'sistemico' è certificato da atti giuridici assunti al massimo livello gerarchico previsto da tale ordinamento, cioè in sede di approvazione congiunta di regolamenti da parte del Parlamento europeo e del Consiglio. Mancherebbe solo una formale inserzione nei Trattati, episodio peraltro difficile da realizzare, perché contrario alla natura sostanziale di 'costituzione' propria del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea¹.

Dal punto di vista giuridico si noti poi la differenza sostanziale dello strumento che si è scelto, cioè il regolamento, rispetto ad esempio allo strumento della direttiva per le liberalizzazioni, privatizzazioni e per realizzare un mercato unico degli appalti pubblici e concessioni.

In effetti lo strumento regolamentare è l'unico (insieme alle c.d. decisioni generali), che ha efficacia anche orizzontale anche nei rapporti tra imprese bancarie, assicurative e intermediari finanziari (spesso in feroce concorrenza tra di loro) e quindi le abilita anche ad azioni giudiziarie e stragiudiziali tra di loro.

Ma nel contempo la scelta non solo di adottare una serie di regolamenti (v. infatti i contemporanei regolamenti: il n. 1093 del 24 novembre 2010 istitutivo della Autorità Bancaria Europea ABE; il regolamento 1094 del 24 novembre 2010 istitutivo dell'Autorità Europea delle Assicurazioni e delle Pensioni Aziendali e Professionali; ed infine il regolamento 1095 del 24 novembre 2010 istitutivo dell'Autorità Europea degli Strumenti Finanziari); bensì anche un apposito organo Istituzionale (il Comitato Permanente Europeo per il rischio sistemico) denotano la preoccupazione emergente nell'ambito della zona euro e dell'intera Unione europea.

Tuttavia, il concetto di rischio sistemico non è nato né nel campo dell'economia né tanto meno nel campo del diritto, bensì nell'ambito della teoria generale dei sistemi del quale il massimo esponente è stato il noto scienziato Ludwig Von Bertalanffy, che ha formulato la celebre teoria della interconnessione tra sistemi ai fini della loro conservazione e crescita.

Quando un sistema non si interconnette più è destinato, in applicazione dei postulati del secondo principio della termodinamica, alla cessione di energia sempre maggiore (entropia) che lo porta ad un rapido decadimento.

È ciò che sta succedendo agli Stati Nazionali (come il nostro) che per motivi di immaturità politica, incapacità burocratica, lentezza della giustizia e limitazione delle capacità di interconnessione linguistica, si pongono ai margini della gestione di un processo imponente noto come globalizzazione che, come osservava Galgano, è maggiormente un fenomeno di unificazione economica e solo sussidiariamente un potenziale strumento di unificazione giuridica.

Più in particolare la crisi del 'sistema normativo', ivi compresa la Costituzione assunta nella accezione di legge fondamentale, è dovuta all'attacco della concezione delle fonti del diritto, alla perdita di centralità del Parlamento, all'emergere del fenomeno governativo se non addirittura della vera e propria *governance*.

Per cui se già nel Novecento si poteva definire il sistema sociale come sistema di massa o società di massa (vedi il celebre libro di Riesman, 2009), autorizzando la scoperta gianniniana del c.d. effetto giuridico conformativo dal punto di vista sostanziale, (e non solo processuale), applicato principalmente ad istituti di governo propri della società di massa quali le pianificazioni urbanistiche e le programmazioni economico/sociali); già alla fine del 'secolo-breve' si fanno avanti nuove definizioni come la 'società orizzontale', nuovo libro del celebre Friedmann (già autore di Friedman, 1978) o addirittura quella ancora più felice di società liquida nella quale ogni valore è perduto e al contatto reale si sostituisce quello virtuale che può spingersi fino all'invenzione di soggetti inesistenti come i personaggi dei romanzi storici (Bauman, 2002).

Per completezza occorre affrontare un ultimo passaggio, cioè la dimostrazione che la crisi sistemica comporta anche una sostanziale trasformazione dei concetti fondamentali e fondanti del diritto dell'economia che deve (o dovrà) in conseguenza mutare le sue c.d. formanti.

Ecco perché le citazioni fin qui fatte sono utili solo per introdurre una distinzione importante che verrà tracciata in prosieguo: cioè quella di accertare se la crisi sistemica sia solo una crisi economico/finanziaria o una vera e propria crisi dell'intero sistema politico/sociale dell'area occidentale ed in particolare dell'Italia.

Infatti, soprattutto secondo una nutrita schiera di studiosi di politica economica ed economia politica, l'attuale crisi sistemica sarebbe solo una crisi di tipo economico-finanziario risolvibile con gli strumenti tipici di tale settore. Spiace

notare che alle volte 'l'integralismo ideologico' di tipo politico-sindacale è talmente radicato da non mettere in dubbio fenomeni assai evidenti, primo fra tutti la irreversibilità della attuale crisi industriale italiana. A diverso risultato invece si deve pervenire qualora, come io ritengo, si possa dimostrare che la crisi economica è una crisi irreversibile del sistema economico, cioè tale, come prima si accennava, da dover mutare le sue formanti prima tra le quali il ruolo della grande industria nazionale nell'economia del paese.

In particolare dal punto di vista economico/finanziario, la crisi sistemica in senso ampio o stretto, è un evento sistemico che interessa in modo forte un numero considerevole di istituzioni e mercati e danneggia seriamente il sistema finanziario e la sua capacità di assicurare i sistemi di pagamento e di indirizzare in modo efficiente il risparmio verso gli investimenti.

Sempre secondo gli economisti, invece, il rischio in senso stretto è invece la sperimentazione di un evento sistemico con raggio di azione regionale, nazionale e addirittura internazionale.

All'interno del sistema economico/finanziario il c.d. rischio sistemico si scompone in tre grandi rischi che possono comparire alternativamente o in modo concomitante: il rischio sistemico del sistema dei pagamenti, che è poi lo stesso di tutte le altre istituzioni finanziarie: rischio del credito, di liquidità, operativo e legale².

Esterno, ma altrettanto grave è poi il c.d. 'rischio di contagio' che colpisce soprattutto, come dimostra la crisi finanziaria mondiale del 2008, i mercati finanziari attraverso errate scelte di portafoglio; e il sistema bancario, stressato dalla necessità di smaltire i titoli 'tossici' e nel contempo dalla moral suasion di comprare, se pure a tassi molto convenienti, i titoli del debito pubblico di Stati con alto spread.

Gli strumenti per affrontare tali crisi sistemiche sono già stati accennati e ad essi si è aggiunto il fondo salva-Stati e il c.d. *fiscal compact* per controllare il debito.

Ma non si può passare sotto silenzio, come per lo più ha fatto la stampa, la manovra interna per cui le banche italiane sono state 'persuase' a ricomprare più di 400 miliardi di euro in titoli di stato italiano, fenomeno noto come *credit crunch* che ha senz'altro contribuito, appunto attraverso la restrizione del credito a cittadini e alle imprese, al permanere della stagnazione per tutto il 2014.

2.2 Il concetto di rischio sistemico dal punto di vista sociale e politico

Tuttavia non è stato forse adeguatamente sottolineato dalle numerose dottrine che pur si occupano del cosiddetto rischio sistemico, che tutte le misure per prevenire, ridurre e comunque contenere detto rischio si fondano su un postulato che è una mera ipostasi dal punto di vista filosofico: cioè la fiducia nella capacità di una illimitata crescita economico-finanziaria del pianeta.

Infatti se è vero che tale tesi è per certi aspetti conforme alle teorie neodarwinistiche è anche vero che, secondo il pensiero dell'Autore, solo le specie più forti e resistenti sopravvivono all'implacabile e cinico gioco della natura: i più fragili soccombono come in economia sta succedendo alla classe proletaria (sostanzialmente scomparsa) e alla stessa classe media che si va invece proletarizzando.

Per questo altri acuti studiosi sulla scorta di ben documentati e altrettanto autorevoli studi, ritengono che tale postulato non sia vero e anzi che possa essere rapidamente e tristemente smentito.

A) Il processo di crescita è sostanzialmente descritto come un processo 'auto-accrescitivo' nel quale i fattori principali sono tre: crescita appunto, accumulazione del capitale e innovazione tecnica e tecnologica secondo un processo circolare rigenerantesi e per ciò stesso definito auto-accrescitivo.

Come tutti i processi di crescita anche in senso fisiologico essi producono fenomeni collaterali che possono essere fisiologici, o nel caso del sistema economico-finanziario patologici: ne individuiamo due principali:

a) la concentrazione della ricchezza mondiale in poche strutture familiari o sociali che definisce il sistema economico/finanziario nel suo insieme come capitalismo monopolistico;

b) la progressiva debolezza del sistema economico/finanziario politico, cioè quello in mano ai governi nazionali o federali. In Europa questo indebolimento è particolarmente grave almeno da quando l'Atto Unico Europeo ha imposto agli Stati Nazionali di non potersi più finanziare con il ricorso all'emissione di moneta o al prestito da parte della Banca Centrale, ma solo con l'emissione sul libero mercato di titoli di stato di debito pubblico.

Nella storia economica-sociale il fenomeno della crescita del relativo sistema ha avuto sempre un classico andamento a campana; così è stato nel mondo dell'antica Roma, nel rinascimento, e dalle rivoluzioni inglese e americana, nell'odierno sistema industriale e post industriale.

Certo questo ultimo sta solo ora mostrando la sommità della campana e non la sua curva discendente. Ma ciò accade anche per il concetto di guerra come classicamente è stata intesa.

Si tratta di vedere se ha ragione Giovanbattista Vico con la sua teoria dei «corsi e ricorsi della storia», ovvero se siamo di fronte ad un'impresa straordinaria, unica davvero, nella breve storia del genere umano (breve se confrontata con la miliardaria storia dell'universo nel suo complesso).

B) La seconda critica che viene fatta è di tipo ecologico o bioenergetico: si sostiene cioè che il processo economico, attingendo largamente a fonti energetiche non riproducibili e soprattutto altamente inquinanti, ha una natura intrinsecamente entropica: secondo la legge di entropia ogni attività produttiva comporta l'irreversibile degradazione di quantità decrescenti di energia e

sotto certe condizioni anche di materia. Essendo la biosfera un sistema chiuso (scambia energia ma non materia con l'ambiente), ne discendono due importanti conseguenze:

- la prima è il contrasto del processo di crescita economica con la seconda legge della termodinamica;
- la seconda è che la continua crescita comporta un incremento dei flussi di materia/energia provenienti di solito dai paesi più poveri, generando conflitti sociali nei territori dove tali risorse vengono sfruttate e addirittura una espropriazione delle loro terre come sta succedendo in Africa soprattutto con i massicci acquisti di terreni da parte cinese; e anche un aumento incontrollato dei generi di prima necessità quali grano, mais ecc.

C) La terza critica è di tipo sociale ed è la classica critica di Hirsch (Hirsch F., 1981, *I limiti sociali dello sviluppo*, Milano).

L'aumento della crescita complessiva economico-sociale spinge per vari fattori, che oggi sono confermati a livello sperimentale dalla c.d. neuroeconomia, gli individui verso il mutamento delle necessità che a volte si trasformano addirittura in preferenze.

In particolare una parte crescente della spesa familiare si sposta dal consumo dei beni cosiddetti fondamentali (alloggio, vitto, vestimenti e, almeno in una società non sottosviluppata, anche un certo grado di istruzione) verso i beni di consumo: la nota più interessante secondo questo Autore è costituita dal fatto che essi sono beni 'posizionali' non culturali verso quei prodotti (tra i quali vanno compresi anche i servizi secondo il compianto Gerardo Santini) giustamente definiti di *status symbol* innescando immancabilmente un posto di lavoro più o meno adeguato, come succedeva negli anni '60 e '70 del secolo scorso. Ma ciò non basta, perché nel meccanismo di competizione 'posizionale' si inseriscono ancora due fattori:

a) il carattere di 'massa' assunto dalla società che porta verso un pensiero unico e dominante nella scelta dei consumi posizionali: dall'esempio della moda, che vanta un primato storico invidiabile, a quello degli oggetti di comunicazione elettronica;

b) la globalizzazione di tale fenomeno per cui appare impensabile che questo standard sia applicabile a tutta la popolazione dell'intero pianeta: eppure anche gli immigrati di necessità e i rifugiati rinunciano anche a mangiare pur di disporre del telefonino, ipod, ipad, computers ecc.

Tutto ciò comporta un effetto paradossoso: cioè che oltre al capitalismo monopolistico si assiste ad un arresto, anzi ad una decrescita, del benessere complessivo come è facilmente riscontrabile nel nostro paese, ma in generale in tutta l'area dell'Unione europea e perfino negli Stati Uniti.

Tuttavia l'analisi non sarebbe completa se a considerazioni succinte di economia politica e di politiche economiche non si aggiungessero altri rilievi di carattere giuridico e politico/sociale.

Dal punto di vista giuridico, come ho avuto occasione di riscontrare e mettere in evidenza in numerosi saggi, il rapporto tra cittadini fatto di diritti ed obblighi secondo l'indimenticabile articolo 2 della Costituzione (che peraltro si muoveva in un'ottica di considerazione dei valori intesi in senso etico e non economico) si è trasformato di fatto in un rapporto complesso tra produttore e consumatore nel quale spesso lo stesso agente svolge contestualmente il doppio ruolo di produttore e consumatore. Questo trapasso del concetto di valore dall'etica all'economia ha comportato non solo la totale mercificazione di un fattore di produzione importantissimo quale è appunto il lavoro, ma anche, e addirittura, la mercificazione della persona nelle sue relazioni anche più intime e private.

Gli esempi sono sotto gli occhi di tutti. Ed ancora: la principale funzione della politica quella normativa, regolamentare e amministrativa generale sembra piuttosto trascolorarsi nella semplice capacità di comunicazione intesa come annuncio secondo la profetica teoria di Marshall McLuhan secondo cui «il medium è il messaggio». Questo ha comportato in larga parte la scomparsa non solo del concetto di autorità, uno dei concetti fondamentali del diritto pubblico anche dell'economia, ma perfino della autorevolezza carismatica, uno dei tre tipi di leader secondo la classica teoria sociologica di Max Weber.

Infine la relazione di mercato ha assunto valore preponderante rispetto all'equilibrio tra le quattro relazioni fondamentali che dovrebbero sussistere secondo eminenti antropologi (Alan Fiske: le altre sono: stabili legami di coppia, senso di appartenenza ad una comunità territorialmente dislocata e giusto riconoscimento dell'autorità, mentre la relazione di mercato dovrebbe servire solo per procurarsi i mezzi di sussistenza secondo un valore di uso).

Tale preponderanza, oltre al fenomeno già descritto del consumo da posizionamento, sviluppa in una prospettiva neuroscientifica una plasticità cerebrale di tipo opportunistico, peraltro molto diffusa nel rango di altre specie animali.

Conclusivamente tutte queste considerazioni sembrano scalfire l'entusiasmo e la fiducia di affrontare la crisi sistemica dell'economia con i soli mezzi della emergenza economico/finanziaria.

Note

- ¹ Una definizione vincolante di rischio sistemico è contenuta nel regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio in data 24 novembre 2010 n. 1092 istitutivo del Sistema Europeo di Vigilanza Finanziaria (SEVIF) e del Comitato Europeo per il Rischio Sistemico (CERS). Infatti esso contiene la seguente definizione «Rischio sistemico: un rischio di perturbazione del sistema finanziario che può avere conseguenze negative per il mercato interno e per l'economia reale. Tutti i tipi di intermediari, mercati, ed infrastrutture finanziari sono potenzialmente importanti in una certa misura, per il mercato».
- ² Il primo è dato dal pericolo che la controparte non osservi una obbligazione già assunta e sia insolvente in maniera totale o parziale, Implica un rapporto di debito-credito. Insieme al rischio di regolamento- relativo all'insolvenza di compravendita di immobili, azioni e società, costituisce il rischio di controparte. Questo rischio di ritardo nei pagamenti o addirittura di insolvenza è molto forte nel nostro Stato Nazionale e forse non adeguatamente messo in luce dalla dottrina: basti pensare che a livello degli Enti Locali Territoriali l'attuale T.U.E.L. approvato con d.lgs. n. 267 del 18.08.2000 impedisce l'inizio o la prosecuzione di azioni esecutive individuali ancor prima che venga dichiarato nelle forme debite il dissesto economico-finanziario dell'ente locale interessato: basta infatti sotto il controllo della Corte dei conti, che l'ente locale dichiari lo stato di crisi finanziaria; il secondo consiste nella possibilità di una perdita che deriva dal costo di liquidazione di una posizione e sorge quando i mercati non sono perfettamente liquidi; il terzo interessa tutte le fasi dell'attività, è costituito da problemi relativi a strumenti hardware o software, errori umani, attriti nei meccanismi di controllo o di comunicazione che possono causare malfunzionamenti, imporre una esposizione finanziaria imprevista e possibili perdite; infine il quarto consiste nel rischio che una interpretazione della legge, una incertezza legale o contrattuale impongano al sistema o ai suoi membri una esposizione finanziaria imprevista e possibili perdite. È noto a tutti la paura per non dire il terrore di ricorsi, *claim* in inglese, nelle operazioni di finanza di progetto o nelle due *diligences* internazionali e come la costante presenza critica di tali fattori allontani tuttora dall'Italia gli investitori istituzionali stranieri.

Riferimenti bibliografici

- Aimo P. et al. 2015, *150° dell'unificazione amministrativa italiana (legge 20 marzo 1865 n. 2248)*, in *Storia Amministrazione Costituzione*, Annale ISAP, Bologna.
- Bauman Z. 2002, *Modernità liquida* (titolo orig. *Liquid Modernity*), Laterza, Roma-Bari.
- Bonaiuti M., *Decrescita o collasso? Appunti per un'analisi sistemica della crisi*, <www.decrescita.it>
- Beck U. 2000, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma.
- Cassese S. 1977, *Tipologia della programmazione economica*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova: 301 sgg.
- Chiaviello D. 2009, *Il Diritto Amministrativo dell'Emergenza*, Tesi di Dottorato Università degli Studi Federico II di Napoli.
- Cordero F. 1967, *Gli osservanti, fenomenologia delle norme*, Giuffrè, Milano.
- Croce B. 1907, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Napoli.
- Dworkin R. 1994, *L'impero del diritto*, Giuffrè, Milano.
- Falzea A. 1958, *Apparenza*, in *Enc. Diritto*, II, Milano: 682, ed ora in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, II: *Dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano: 811 sgg.
- 2007, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano: 207 sgg.
- Fiorini P.P. 2005, *Il concetto di rischio tra dismisura e sistema*, in *Rivista della scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 3: 329 sgg.
- Fioritto A. 2008, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Bologna, il Mulino.
- Fiske A.P. 1993, *Structures of Social Life*, Free Press, New York.
- Forsthoff E. 1971, *Lo Stato della società industriale*, Giuffrè, Milano.
- Friedmann L.M. 1978, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, il Mulino, Bologna.
- Galgano F. (diretto da) 1977, *il Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia*, Cedam, Padova.
- 2002, *La società orizzontale*, il Mulino, Bologna.
- Giannini M.S. 1974, *Intervento al Convegno su Autonomia e diritto di resistenza, Cagliari-Capo Boi*, Giuffrè, Milano.
- 1981, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- 1994, *Diritto amministrativo*, III ed., Giuffrè, Milano.
- 2000, *Istituzioni di diritto amministrativo*, II ed., a cura di A. Mirabelli Centurione, Giuffrè, Milano.
- Hart H.L.A. 1964, *Contributi all'analisi del diritto*, Giuffrè, Milano.
- Hirsch F. 1981, *I limiti sociali dello sviluppo*, Bompiani, Milano.
- Irti N. 2008, *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Laterza, Roma-Bari.
- Kelsen H. 2013a, *Dottrina generale dello stato* (trad. it.), Giuffrè, Milano.

- 2013b, *Religioni secolari* (trad. it.), Milano.
- Leoni B. 1980, *Scritti di scienza politica e teoria del diritto*, Giuffrè, Milano.
- 2006, *La libertà e la legge*, Liberilibri, Macerata.
- Luhmann N. 1978, *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Napoli.
- 1990a, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*, il Mulino, Bologna.
- 1990b, *La differenziazione del diritto*, il Mulino, Bologna.
- 1995, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Giuffrè, Milano.
- 1996, *Sociologia del rischio*, Mondadori, Milano.
- Miele G. 1966, *Principi di diritto amministrativo*, Cedam, Padova.
- Minda G. 2001, *Teorie postmoderne del diritto*, il Mulino, Bologna.
- Nicolò R. 1956, *Riflessioni sul tema dell'impresa*, in *Riv. Dir. Comm.*: 188, ora in S. Rodotà (a cura di), *Il diritto privato nella società moderna*, il Mulino, Bologna 1971.
- 1962, *Istituzioni di diritto privato*, Giuffrè, Milano.
- Orlando V.E. 1892, *Principi di diritto amministrativo*, II ed., Firenze 1892.
- 1940a, *Diritto pubblico generale*, Milano.
- 1940b, *Scritti vari di diritto pubblico e scienza politica*, Milano.
- Picozza E. 1977, *Vicende e procedure della programmazione economica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, I: *La Costituzione economica*, Cedam, Padova: 263 sgg.
- 1996, *Il diritto pubblico nella prospettiva dell'economia nell'integrazione europea*, Nis, Roma.
- 2005, *Il diritto dell'economia. Disciplina pubblica*, vol. II del *Trattato di diritto dell'economia* diretto da E. Picozza, E. Gabrielli, Cedam, Padova.
- Picozza E., Ricciuto V. 2013, *Diritto dell'economia*, Collana Trittico, Torino.
- Posner R. 1973, *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Company, Boston.
- Ranelletti O. 1912, *Principi del diritto amministrativo*, I, Pierro, Napoli.
- Riesman D. 2009, *La folla solitaria*, il Mulino, Bologna.
- Santini G. 1987, *I servizi. Nuovo saggio di economia del diritto*, il Mulino, Bologna.
- Simoncini M. 2007, *Introduzione alla nozione di emergenza del diritto amministrativo. Il caso inglese*, in *Federalismi.it*, 18 ottobre.
- Von Hayek F.A. 1998, *Studi di filosofia, politica ed economia*, Rubbettino, Soveria Mannelli.
- 2000, *Legge, legislazione e libertà*, Giuffrè, Milano.
- Von Jhering R., 1872, *Sul fondamento della protezione del possesso*, Milano.
- 1921-1924, *Geist des roemischen Rechts*, Lipsia.
- 1972, *Lo scopo del diritto*, Giappichelli, Torino.
- Von Mises L. 1997, *Liberalismo* (titolo orig. *Liberalismus*), Rubbettino, Soveria Mannelli.
- 1995, *Lo stato onnipotente*, Rusconi, Milano.
- Von Savigny F.C. 1840, *Sistema del diritto romano attuale*, Berlino.
- Windscheidt B. 1882, *Lehrbüch des Pandektenrechts II*, Berlino.
- Zhok A. 2001, *Il concetto di valore: dall'etica all'economia*, Mimesis, Milano.

PROBLEMI DELL'UNIFICAZIONE GIURIDICO-AMMINISTRATIVA DEL MERCATO, IN ITALIA E IN EUROPA

Giulio Napolitano

SOMMARIO – 1. Leggi a intermediazione amministrativa e mercati nei processi di unificazione/integrazione. 2. L'Unità d'Italia, la costruzione del mercato nazionale e il mito delle leggi del 1865. 3. Le leggi sull'unificazione amministrativa e l'intervento pubblico nell'economia. 4. La strategia dell'unificazione e il problema del divario economico e sociale del Paese. 5. Dislivelli di amministrazione e svantaggi competitivi nell'Italia contemporanea. 6. L'armonizzazione giuridico-amministrativa del mercato a livello europeo e i suoi dilemmi.

1. Leggi a intermediazione amministrativa e mercati nei processi di unificazione/integrazione

Si può discutere se il mercato sia un'istituzione naturale creata dalla cooperazione spontanea degli esseri umani o una creazione artificiale del diritto. Quel che è certo è gli Stati moderni hanno da tempo assunto il compito di regolare il funzionamento del mercato per correggerne alcuni limiti e carenze e per perseguire finalità sociali (Stiglitz, 1992; Clerico, 2012). Questo naturalmente non significa che non possano esistere scambi non disciplinati dal diritto. A questo si aggiunga che alcuni commerci devono parte della loro fortuna proprio all'esistenza di normative che li vietano, finendo così involontariamente per aumentare il valore delle merci negoziate nei cd. mercati neri (Barzel, 2002; Napolitano, Abrescia, 2009).

In ogni caso, l'esistenza di una disciplina giuridica della maggior parte dei mercati e, più in generale, delle infrastrutture, materiali e immateriali, che consentono lo svolgimento delle transazioni, spiega l'esigenza di unificazione (o quanto meno di armonizzazione), che si pone per tutti gli ordinamenti di fronte a processi di integrazione politica o anche solo economica (Carbonara, Parisi, 2007; Boodman, 1991; Jammaud, 1998; Mashaw, 1985). Regole segmentate o differenziate e infrastrutture non comunicanti, in ragione di confini e assetti istituzionali preesistenti, infatti, finirebbero per impedire, o comunque per intralciare, gli scambi su più vasta scala, riducendo così la possibilità di conseguire i vantaggi economici e sociali attesi da quei processi.

L'esigenza di unificazione o di armonizzazione della cornice legale riguarda, innanzi tutto, il piano schiettamente normativo delle regole che disciplinano direttamente il comportamento dei privati. Ma in tutti gli ordinamenti moderni, le leggi, anche quelle regolatrici del mercato, richiedono strumenti amministrativi di attua-

zione, non foss'altro che per un principio di efficiente divisione del lavoro. Ecco perché l'esigenza di unificazione o di armonizzazione riguarda anche le modalità di esercizio delle varie funzioni pubbliche connesse allo svolgimento degli scambi, in misura variabile a seconda del tasso di intermediazione amministrativa esistente in ciascun ordinamento (sul caso italiano si veda ad esempio, Travi, 1997).

2. L'Unità d'Italia, la costruzione del mercato nazionale e il mito delle leggi del 1865

L'esigenza di unificazione giuridico-amministrativa si pose anche per il Regno d'Italia, già all'indomani della proclamazione della raggiunta unità (ancora parziale in verità). Tra il 1861 e il 1864 una copiosa attività normativa consentì di porre le fondamenta del nuovo Stato, della sua identità politico-istituzionale e della sua organizzazione di governo (Sandulli, Vesperini, 2011).

Nello stesso torno di anni, una serie di provvedimenti legislativi si preoccupò di rendere uniforme la cornice giuridico-amministrativa del mercato. Da un lato, fu definito l'ordinamento economico-finanziario pubblico, con l'assunzione dei debiti degli Stati preunitari, l'adozione delle regole di contabilità, la disciplina delle entrate e dei tributi del nuovo Stato. Dall'altro, vennero disciplinate le condizioni amministrative fondamentali per lo svolgimento degli scambi, con le regole per la costruzione di reti e lo svolgimento dei servizi pubblici nazionali, l'unificazione della moneta, dei pesi e delle misure, l'abbattimento delle tariffe doganali (Napolitano, 2011).

Nel 1865, dunque, le misure fondamentali per il funzionamento del nuovo Stato e del mercato nazionale erano già state adottate. Le leggi sull'unificazione amministrativa, a dispetto dell'altisonante denominazione, si limitarono a portare avanti un processo già avviato tra il 1861 e il 1864, quando furono compiute le scelte più delicate, a cominciare da quella sull'assunzione del debito degli Stati preunitari.

Queste considerazioni, dunque, dovrebbero indurre qualche cautela nel momento in cui si celebra il centocinquantenario delle leggi sull'unificazione amministrativa del 1865. Bisognerebbe, cioè, evitare di alimentare nuovamente il mito di quelle leggi, assumendole a termine di riferimento astratto per una trattazione sullo sviluppo odierno del diritto amministrativo e del diritto pubblico dell'economia, magari alla luce dei pieni e dei vuoti emergenti, per contrasto, da una disciplina che, invece, andrebbe storicamente collocata.

3. Le leggi sull'unificazione amministrativa e l'intervento pubblico nell'economia

I sei allegati della legge n. 2248/1865, come noto, disciplinarono l'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti locali, la pubblica sicurezza e la

sanità pubblica, il Consiglio di Stato e il contenzioso amministrativo, le opere pubbliche.

Di questi allegati, l'ultimo era senza dubbio quello destinato ad avere l'impatto maggiore sul mercato, ordinando il principale intervento pubblico nell'economia allora pacificamente ammesso. All'indomani dell'unificazione, infatti, si discusse a lungo su quali fossero i compiti propri dello Stato. Alla fine prevalse l'idea di una generale astensione dall'esercizio di attività economiche dirette, in omaggio alla concezione dominante nella Destra storica allora al governo. Si decise così che compito precipuo dei pubblici poteri dovesse essere quello di assicurare l'approntamento delle infrastrutture, in base alle norme generali che vennero fissate proprio nella legge sulle opere pubbliche (Toniolo, 1988; Galgano, 1977; Allegretti, 1989).

Più indiretta, invece, era la rilevanza della legge abrogatrice del contenzioso amministrativo, anch'essa fortemente legata alla concezione liberale dei rapporti tra Stato e cittadino allora prevalente. La devoluzione delle liti con il potere pubblico alla giurisdizione ordinaria avrebbe dovuto aprire la strada a una tutela piena e paritaria di quanti intendevano opporsi all'intrusione dello Stato nella sfera dell'autonomia privata. Ciò avrebbe dovuto facilitare anche il libero sviluppo dei commerci, disincentivando abusi del potere pubblico (Aimo, 2000).

Le disposizioni più importanti per il funzionamento del mercato, in realtà, furono introdotte nello stesso anno, ma al di fuori del pacchetto sull'unificazione amministrativa. Il riferimento va innanzi tutto all'adozione del codice civile e del codice di commercio. Ma vanno segnalate, in questa sede, anche le norme in materia di espropriazione, che regolavano le interferenze tra iniziativa pubblica e diritto di proprietà, e quelle sulle concessioni ferroviarie, in attuazione della legge generale sulle opere pubbliche (Acquarone, 1960; Caracciolo, 1970).

Pur potendosi ritenere così completato il disegno di unificazione giuridico-amministrativa del mercato, vi è da dire che ben presto alcune delle scelte compiute nel 1865 furono smentite. Il sistema concessorio disegnato per le ferrovie, ad esempio, si rivelò inadeguato a causa dei limiti dell'iniziativa privata e dovette essere in più punti modificato e corretto. Ancor più clamoroso fu il *revirement* in materia di tutela dei privati nei confronti dell'amministrazione, che portò all'istituzione di una sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato e quindi alla creazione di un sistema autonomo di giustizia amministrativa: esattamente l'opposto di quanto aveva predicato la legge abolitrice del contenzioso amministrativo. Il compito di forgiare gli istituti fondamentali del diritto amministrativo passò così gradualmente nelle mani del Consiglio del Stato, che divenne dunque l'artefice dell'unificazione giuridico-amministrativa del paese in via giurisprudenziale piuttosto che normativa (Sandulli, Pasquini, 2001). Per il resto, le leggi del

1865 restarono a lungo in vigore, anche se via via divennero un guscio vuoto, senza più corrispondenza con l'evoluzione dell'ordinamento (Benvenuti, 1969).

4. La strategia dell'unificazione e il problema del divario economico e sociale del Paese

Ciò che almeno fino alla fine dell'Ottocento non mutò fu la visione sottostante alle leggi adottate all'indomani dell'unificazione e in particolare nel 1865. Al momento della proclamazione dell'Unità d'Italia, l'esistenza nel Paese di zone gravemente sottosviluppate sul piano economico e sociale era ampiamente nota. Eppure venne radicalmente negata l'opportunità di differenziare gli strumenti amministrativi di intervento. L'arretratezza di molte aree del nuovo Stato, infatti, veniva attribuita alla carenza delle istituzioni civili moderne, pubbliche e private: scuole, amministrazioni comunali, organizzazioni commerciale e agrarie, istituti di credito. L'idea che allora prevalse a livello politico, e quindi nelle leggi dell'epoca, fu che l'estensione di queste istituzioni in tutto il Paese avrebbe finalmente portato progresso e sviluppo anche nelle aree più depresse (Giannini, 1961).

La disciplina uniforme dell'organizzazione e dell'azione amministrativa, d'altra parte, consentì, almeno inizialmente, una gestione differenziata degli interventi pubblici, come dimostra la politica dei lavori pubblici, che svolse un importante ruolo di perequazione nazionale. Fu così possibile dotare di adeguate infrastrutture le aree che ne erano maggiormente sprovviste, così allineando la loro dotazione a quelle delle regioni settentrionali e centrali più avanzate.

Proprio nell'ambito dei lavori pubblici, tuttavia, cominciò via via ad emergere come la accentuata litigiosità e la maggiore lunghezza dei procedimenti finivano per aumentare i costi monetari e non delle opere rispetto a quelli sostenuti nelle aree non depresse del Paese. Sorse di qui la necessità di introdurre procedimenti amministrativi speciali per la gestione di opere e interventi, a cominciare dalle leggi per Napoli e per la Basilicata. Si svilupparono così rapidamente istituti e procedure *ad hoc*, nelle più disparate materie: opere pubbliche, sussidi agli enti locali e interventi sostitutivi dello Stato, carichi e agevolazioni fiscali, ausili finanziari.

Con il tempo si produsse quindi una seconda differenziazione che toccò le strutture organizzative, oltre alle procedure. Prima si istituirono organi straordinari, con la nomina dei «commissari civili» in Sicilia e in Basilicata, quindi a Napoli. Poi vennero istituiti enti speciali, come quelli per la gestione di servizi pubblici in sostituzione dei poteri locali, consorzi obbligatori di settori imprenditoriali, istituti finanziari ed enti di trasformazione agraria e industriale (Melis, 1996).

Nel secondo dopoguerra, fu quindi decisa la costituzione di un ente-organo dello Stato, la Cassa per il mezzogiorno, avente il compito di finanziare opere e interventi sulla base di un piano decennale elaborato a livello politico, in modo da dare continuità e organicità all'intervento pubblico. L'utilità della Cassa risiedette proprio nella sua capacità a derogare i vincoli uniformi imposta da un sistema amministrativo ancora fortemente accentrato e da una legge di contabilità particolarmente rigida. La Cassa, quindi, allargò progressivamente il suo raggio d'azione, finendo per acquisire un ruolo centrale anche nell'amministrazione degli incentivi per l'industria. L'intervento straordinario ebbe termine, almeno formalmente, soltanto nel 1993: ma questa è un'altra storia (Giannini, 2006).

5. Dislivelli di amministrazione e svantaggi competitivi nell'Italia contemporanea

Nell'Italia contemporanea, il problema dell'unificazione giuridico-economica del mercato può dirsi da tempo risolto, nonostante il permanere di un rilevante divario economico-sociale, oppure si presenta in nuove e diverse forme, che limitano l'iniziativa economica e l'attività imprenditoriale nelle zone più arretrate del Paese?

Innanzitutto, vi è da dire che, dopo oltre un secolo dalla proclamazione dell'unità d'Italia, l'istituzione delle regioni a statuto ordinario, all'inizio degli anni Settanta del XX secolo, pose le basi, con il riconoscimento di una seppur limitata competenza legislativa delle regioni, per una prima differenziazione delle regole di amministrazione dell'economia, in campo fondamentali come l'urbanistica e l'edilizia, il commercio e l'artigianato.

La situazione si è aggravata quando, all'inizio del nuovo Millennio, l'esigenza di rispondere alle istanze federaliste ha spinto a varare una radicale riforma del titolo V della seconda parte della Costituzione. La competenza esclusiva dello Stato nella definizione delle regole ordinamentali in materia di funzionamento degli scambi è rimasta ferma. Ma tra le materie rientranti nella competenza legislativa delle regioni rientrano ora anche quelle che riguardano mercati, reti e servizi tipicamente nazionali (e anzi destinati a una sempre maggiore integrazione europea).

Si sono così, forse inconsapevolmente, create le basi per una pericolosa frammentazione normativa delle regole di funzionamento di diversi mercati, soltanto in parte evitata anche grazie agli interventi mitigatori della giurisprudenza costituzionale. Si è inoltre aggravata la paralisi amministrativa generata dalla pluralizzazione dei centri decisionali, con l'effetto di rendere sempre più gravoso l'esercizio dell'iniziativa economica, ad esempio quando si tratta di ottenere atti di assenso da amministrazioni dislocate su più livelli istituzionali (Torchia, 2009; Napolitano, 2005).

Al di là del dato normativo, tuttavia, quel che è venuta sempre più chiaramente in evidenza è la disparità di capacità amministrativa sul territorio. Questa, da alcuni anni, comincia a essere puntualmente misurata, soprattutto nell'ambito delle politiche per la revisione della spesa pubblica (Cottarelli, 2015). Ma è immediatamente percepibile anche dal punto di vista degli output, in termini di provvedimenti e prestazioni rese a imprese e cittadini. In un contesto ancora oggi caratterizzato da una cospicua attività di intermediazione pubblica delle attività economiche private, nonostante le misure di liberalizzazione e semplificazione, questa disparità di capacità amministrativa inevitabilmente si riverbera sul funzionamento omogeneo del mercato e sulla competitività delle imprese (Bianco, Napolitano, 2013; Mattarella, Natalini, 2013; Occhilupo, 2012).

Gli ostacoli burocratici all'esercizio dell'attività economica sul territorio sono molteplici.

Si pensi al termine per la conclusione del procedimento, ai fini del rilascio di un provvedimento autorizzatorio necessario per l'esercizio di un'attività economica (De Benedetto, 2008; Lazzara, 2008). Nonostante la regolazione sempre più minuziosa introdotta dalla l. n. 241 e dalle sue modifiche, i termini astrattamente fissati in base alle sue disposizioni rimangono spesso sulla carta e di fatto differiscono notevolmente da amministrazione ad amministrazione sul territorio. La condizione di incertezza rispetto all'esercizio del potere amministrativo finisce così per essere un ulteriore elemento di ostacolo e di svantaggio competitivo per le imprese che vogliono investire in determinate aree del paese.

Le norme di semplificazione, inoltre, sono applicate assai diversamente a livello regionale e locale, al punto che il legislatore è dovuto recentemente intervenire per introdurre una disciplina unica, che definisca in modo omogeneo le modalità di presentazione e i contenuti standard della segnalazione certificata di inizio attività.

Anche i controlli *on going* sull'esercizio delle attività economiche, come quelli a tutela della salute, dell'ambiente o dei lavoratori, sono gestiti sul territorio, a volte in modo *business friendly*, altre volte in modo vessatorio, a seconda della cultura amministrativa di ciascuna istituzione regionale e locale (Di Lascio, 2012).

La fornitura di molti beni e servizi essenziali ai cittadini, infine, continua ad avvenire su base locale, spesso definita in via amministrativa invece che secondo la determinazione di ambiti ottimali, come pure le leggi più recenti richiederebbero. Il tasso di apertura dei mercati e le regole di funzionamento di quei mercati rimangono così molto differenti, ostacolando anche processi di aggregazione industriale che invece consentirebbero notevoli guadagni di efficienza (Bianco, Sestito, 2010).

Negli ultimi vent'anni, le autorità indipendenti, a cominciare da quella *antitrust*, con i loro interventi ad ampio raggio, hanno cercato anche di diffonde-

re una cultura dell'amministrazione più sensibile alle ragioni del mercato, ma, soprattutto nelle aree meno sviluppate, questa fa difficoltà ad attecchire. Così come sembra conseguire risultati ancora modesti la pur preziosa consulenza prestata a regioni ed enti locali da alcune agenzie nazionali, come quella per la promozione degli investimenti e quella per la gestione dei fondi comunitari, il cui avvio è stato a lungo ritardato.

6. *L'armonizzazione giuridico-amministrativa del mercato a livello europeo e i suoi dilemmi*

Il problema dell'unificazione della cornice giuridico-amministrativa del mercato, naturalmente, oggi non può essere visto soltanto in chiave nazionale. Soprattutto a partire dalla seconda metà del Novecento, infatti, si sono venuti intensificando i processi volti alla costruzione di mercati di dimensione ultrastatale, fino alla creazione di un'organizzazione mondiale del commercio e allo sviluppo di accordi macro-regionali.

L'esperienza più avanzata sul piano istituzionale alla quale l'Italia partecipa sin dall'inizio è senza dubbio quella dell'Unione europea. Anche per quest'ultima, sin dalle origini, si è posto il problema fondamentale di creare una cornice giuridica comune, per rendere effettive le libertà di circolazione ed economiche proclamate nei Trattati (Cassese, 2014). Come noto, diversamente dalle esperienze statuali, l'integrazione europea nasce proprio su basi economiche, anche se il loro consolidamento avrebbe dovuto gradualmente portare nella direzione di un *ever closer union*. Ciò è chiaramente avvenuto, come dimostra l'esperienza dell'unità monetaria, ma il traguardo dell'unione politica non è certo raggiunto. Negli ultimi anni, lo scoppio in Europa della crisi economico-finanziaria del 2008 e la sua estensione al debito sovrano di alcuni Stati membri hanno posto l'esigenza di una nuova e più forte *governance* europea. Nonostante i molteplici interventi fin qui adottati, anche con meccanismi di tipo assicurativo su base intergovernativa, si è tuttavia ancora lontani da forme di mutualizzazione del debito simili a quelle adottate dagli Stati moderni al momento della loro costruzione unitaria (Napolitano, 2012).

Già a partire dalla fine degli anni Ottanta del XX secolo, comunque, la costruzione del mercato interno europeo ha subito una decisa accelerazione, con lo sviluppo della normazione comune per il ravvicinamento delle disposizioni legislative nazionali (Weiler, 2003: 307; Sauter, Schepel, 2009. Nella letteratura italiana: della Cananea, 2003; Torchia, 2006; Lottini, 2010).

Il disegno è stato profondamente influenzato da una visione politico-economica di tipo liberale, basata sulla capacità ordinante dei principi e delle regole di concorrenza (Thatcher, 2013: 171). Anche per questa ragione, probabil-

mente, le istituzioni comunitarie hanno continuato a sottovalutare la questione amministrativa. Le norme per l'integrazione dei mercati sono state progressivamente uniformate, ma la loro attuazione è stata lasciata nelle mani delle amministrazioni nazionali, dando così luogo ad applicazioni notevolmente differenziate (Chiti, Franchini, 2003).

Soltanto negli ultimi dieci anni, il legislatore europeo ha cominciato a preoccuparsi dell'armonizzazione, se non dell'unificazione, amministrativa europea. A tal fine, negli ultimi anni, l'ordinamento europeo ha perseguito diverse strategie. Innanzi tutto, ha progressivamente disciplinato i procedimenti amministrativi nazionali di attuazione delle norme europee, fissando standard minimi di trasparenza e di garanzia partecipativa. Quindi, ha iniziato a conformare anche i profili organizzativi delle amministrazioni nazionali chiamate ad attuare il diritto europeo, ad esempio imponendo requisiti di imparzialità e indipendenza (Saltari, 2007; Del Gatto, 2012; Giglioni, 2012).

Ma queste misure, seppure necessarie, non sono certo sufficienti, toccando ancora una volta il piano esclusivamente normativo. Ed è ancora lontana, nonostante le iniziative del Parlamento e di alcuni gruppi di studiosi, l'adozione di quelle che potrebbe ritenersi la legge simbolo di tale armonizzazione/unificazione: quella sul procedimento amministrativo europeo (Craig, 2015: 295).

Il punto, però, è che il problema generale dei dislivelli di amministrazione non può essere affrontato soltanto dall'alto, con discipline uniformi a monte e l'intervento della Commissione in qualità di guardiano del diritto comunitario a valle, perché la questione non è tanto quella della costruzione o della violazione del diritto europeo, quanto quella della sua attuazione asimmetrica e sub-ottimale (Napolitano, 2015).

I dati che emergono dai rapporti annuali della Banca mondiale sul *Doing business*, al netto delle inevitabili approssimazioni, dovrebbero far riflettere. A dispetto di una cornice normativa sempre più comune, infatti, i risultati registrati dagli Stati membri dell'Unione proprio sul fronte fondamentale della cornice giuridico-amministrativa che presiede all'esercizio dell'impresa sono molto differenti, con un divario larghissimo di oltre cinquanta posizioni tra i paesi in testa, a cominciare da Regno Unito e Finlandia (rispettivamente ottavo e nona) e quelli in coda (l'Italia al cinquantaseiesimo posto, il Lussemburgo al cinquanta-novesimo, la Grecia al sessantunesimo) (Banca mondiale, 2014).

Il tema è ora per la prima volta affrontato direttamente dal Trattato di Lisbona, che riconosce come questione di interesse comune la capacità degli Stati membri di dare attuazione amministrativa alla normativa europea. Anche l'ordinamento europeo, dunque, si mostra consapevole del fatto che non basta unificare o ravvicinare le norme per abbattere barriere legali ed evitare discriminazioni arbitrarie. Altrettanto importante è il più possibile omogeneizzare decisioni

e comportamenti amministrativi in esecuzione del quadro normativo comune (Chiti, Natalini, 2012: 137).

Da questo punto di vista, può risultare proficua la strategia di consorzio le amministrazioni nazionali in gruppi comuni, talora elevati al rango di vere e proprie agenzie e autorità europee, come accaduto nel campo della regolazione dei servizi di pubblica utilità e in quello della vigilanza sui mercati finanziari. Ciò, infatti, consente, da un lato, di sviluppare gradualmente una cultura amministrativa comune; dall'altro, di indicare le pratiche migliori alle quali le singole autorità nazionali possono progressivamente allinearsi (Napolitano, 2010: 33; De Lucia, 2015: 171).

Tutto questo, però, non è ancora sufficiente a colmare i ritardi e limiti di cui in molti settori l'amministrazione italiana soffre nel confronto europeo. Nei mercati regolamentati, in realtà, la situazione del nostro Paese non è certo tra le peggiori, grazie alla tradizione di eccellenza di alcune istituzioni, come la Banca d'Italia, e alla capacità di innovazione mostrata all'inizio degli anni Novanta, quando l'Italia fu tra i primi paesi europei a muovere decisamente verso il modello di regolazione indipendente introdotto nel decennio precedente nel Regno Unito.

In altri ambiti, invece, il divario italiano è drammatico: basti pensare alla gestione dei fondi strutturali europei, dispersa in una pluralità di rivoli senza alcun impatto significativo sullo sviluppo economico e sociale del territorio. Un altro caso emblematico è quello dei contratti pubblici. L'Italia attua la normativa comunitaria in materia di gare attraverso una estrema frammentazione delle procedure, affidate alle mani spesso inesperte di migliaia di amministrazioni aggiudicatrici. Il costo delle gare è poi aggravato da un elevato contenzioso in sede giurisdizionale, che non trova paragoni con quelli degli altri paesi europei, pure sottoposti alla medesima disciplina di riferimento, sia sostanziale, sia procedurale.

Se è interesse comune dell'Europa aumentare la capacità amministrativa degli Stati membri, dovrebbe essere preminente interesse nazionale quello di accorciare le distanze dell'amministrazione italiana dalle migliori burocrazie degli altri paesi, migliorando tempi e qualità delle sue azioni e decisioni. Ma la strada per individuare gli incentivi più adeguati a tal fine è ancora lontana e richiederebbe un coraggioso sforzo di innovazione giuridico-istituzionale.

Riferimenti bibliografici

- Acquarone A. 1960, *L'unificazione legislativa e i codici del 1865*, Giuffrè, Milano.
- Aimo P. 2000, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Laterza, Roma-Bari.
- Allegretti U. 1989, *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello Stato liberale*, il Mulino, Bologna.
- Banca Mondiale 2014, *Doing business 2105. Going Beyond Efficiency*, The World Bank, Washington.
- Barzel Y. 2002, *A Theory of the State. Economic Rights, Legal Rights, and the Scope of the State*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Benvenuti F. 2006, *Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano* (1969), ora in Id., *Scritti giuridici*, III, Vita e pensiero, Milano: 2733 sgg.
- Bianco M., Napolitano G. 2013, *Why the Italian Administrative System is a Source of Competitive Disadvantage* (con M. Bianco), in G. Toniolo (a cura di), *The Italian Economy since Unification*, Oxford University Press, Oxford: 533-570.
- Bianco M., Sestito P. (a cura di) 2010, *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, il Mulino, Bologna.
- Boodman M. 1991, *The Myth of Harmonization of Laws*, in *American Journal of Comparative Law*, 39: 699 sgg.
- Caracciolo A. 1970, *Stato e società civile. Problemi dell'unificazione italiana*, Giappichelli, Torino.
- Carbonara E., Parisi F. 2007, *The paradox of legal harmonisation*, Public Choice.
- Cassese S. 2014, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari.
- Chiti E., Franchini C. 2003, *L'integrazione amministrativa europea*, il Mulino, Bologna.
- Chiti M.P., Natalini A. 2012, *Lo Spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, il Mulino, Bologna.
- Clerico G. 2012, *Mercato e Stato. Modi essere dell'intervento pubblico nell'economia*, Giuffrè, Milano.
- Cottarelli C. 2015, *La lista della spesa. La verità sulla spesa pubblica italiana e su come si può tagliare*, Feltrinelli, Milano.
- Craig P. 2015, *Sfide sostanziali e procedurali del diritto amministrativo europeo*, in L. De Lucia, B. Marchetti (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, il Mulino, Bologna: 295 sgg.
- De Benedetto M. 2008, *Istruttoria amministrativa e ordine del mercato*, Giappichelli, Torino.
- De Lucia L. 2015, *Strumenti di cooperazione per l'esecuzione del diritto europeo*, in L. De Lucia, B. Marchetti (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, il Mulino, Bologna: 171 sgg.
- Del Gatto S. 2012, *Il metodo aperto di coordinamento. Amministrazioni nazionali e amministrazioni europea*, Jovene, Napoli.

- della Cananea G. 2003, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Laterza, Roma-Bari.
- Di Lascio F. 2012, *Le ispezioni amministrative sulle imprese. Analisi teorica e diritto positivo*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Europe's Crisis: Background, Dimensions, Solutions*, numero speciale di *West European Politics*, XXXVII (6), 2014.
- Galgano F. 1977, *Pubblico e privato nella regolazione dei rapporti economici*, in *La costituzione economica*, in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, I, Cedam, Padova: 105 sgg.
- Giannini M.S. 2004, *Problemi dell'amministrazione delle regioni insufficientemente sviluppate* (ed. orig. 1961), ora in Id., *Scritti*, IV, Giuffrè, Milano: 847 sgg.
- 2006a, *La legislazione sugli incentivi e sull'intervento straordinario*, in Id., *Scritti*, VIII, Giuffrè, Milano: 135 sgg.
- 2006b, *Fine dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno*, in Id., *Scritti*, IX, Giuffrè, Milano: 295 sgg.
- Gigliani F. 2012, *Governare per differenza. Metodi europei di coordinamento*, Ets, Pisa.
- Jeammaud A. 1998, *Unification, uniformisation, harmonisation: de quoi s'agit-il?*, in F. Osman (a cura di), *Vers un code européen de la consommation/ Towards a European consumer code*, Bruylant, Bruxelles :35 sgg.
- La Gouvernance européenne*, in *Pouvoirs*, 149, 2014.
- Lazzara P. 2008, *I procedimenti amministrativi ad istanza di parte*, Jovene, Napoli.
- Lottini M. 2010, *Il mercato europeo. Profili pubblicistici*, Jovene, Napoli.
- Mashaw J.L. 1985, *Prodelegation: Why Administrators Should Make Political Decisions*, in *J. of Law, Economics and Organization*, 1: 81 sgg.
- Mattarella B.G., Natalini A. (a cura di) 2013, *La regolazione intelligente. Un bilancio critico delle liberalizzazioni italiane*, Passigli, Firenze.
- Melis G. 1996, *Storia dell'amministrazione italiana*, il Mulino, Bologna.
- Napolitano G. 2005, *Federalismo e regime amministrativo dell'impresa*, in L. Torchia, F. Bassanini (a cura di), *Sviluppo o declino. Il ruolo delle istituzioni per la competitività del paese*, Passigli, Firenze: 336 sgg.
- 2010, *I modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino: 33 sgg.
- 2011, *Le norme di unificazione economica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 97 sgg.
- (a cura di) 2012, *Uscire dalla crisi. Politiche pubbliche e trasformazioni istituzionali*, il Mulino, Bologna.
- 2015, *Policy Implementation in ASEAN and in the UE: The Problem of Asymmetric Compliance*, in J. Quah (a cura di), *The Role of the Public Bureaucracy in Policy Implementation in 5 ASEAN Countries*, Oxford University Press, Oxford.
- Napolitano G., Abrescia M. 2009, *Analisi economica del diritto pubblico*, il Mulino, Bologna.

- Occhilupo R. 2012, *La riduzione di tempi e costi di avvio dell'attività d'impresa in Italia. Ancora (vani) tentativi di riforma*, in *Mercato concorrenza regole*: 39 sgg.
- Saltari L. 2007, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Giuffrè, Milano.
- Sandulli A., Pasquini G. (a cura di) 2001, *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano.
- Sandulli A., Vesperini G. 2011, *L'organizzazione dello Stato unitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 23 sgg.
- Sauter W., Schepel H. 2009, *State and Market in European Union Law: The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Stiglitz J.E. 1992, *Il ruolo economico dello Stato* (trad. it.), il Mulino, Bologna.
- Thatcher M. 2013, *Supranational neo-liberalization: The EU's regulatory model of economic markets*, in *Resilient Liberalism in Europe's Political Economy*, a cura di V.A. Schmidt, M. Thatcher, Cambridge University Press, Cambridge: 171 sgg.
- Toniolo G. 1988, *Storia economica dell'Italia liberale*, il Mulino, Bologna.
- Torchia L. 2006, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, il Mulino, Bologna.
- (a cura di) 2009, *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, Bologna.
- Travi A. (a cura di) 1997, *La cornice amministrativa delle attività imprenditoriali*, Centro nazionale delle ricerche, Roma.
- Weiler J.H.H. 2003, *La Costituzione dell'Europa*, il Mulino, Bologna.

PARTE SECONDA

INDIRIZZO E DISCIPLINA DEI MERCATI:
DALLA PIANIFICAZIONE ALLA REGOLAZIONE

DIRITTO D'INTERPELLO E CERTEZZA NEI RAPPORTI TRA CITTADINO E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Marco Sica

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. Le circolari interpretative. 3. Il c.d. parere preventivo. 4. I chiarimenti in materia di appalti pubblici. 5. Il diritto di interpello in materia di previdenza sociale e lavoro. 6. Il diritto all'informazione relativo ai servizi nel mercato interno. 7. Il diritto di interpello in tema di clausole vessatorie nei rapporti commerciali con i consumatori. 8. L'interpello per l'individuazione delle condizioni per il rilascio degli atti di consenso. 8.1 La conferenza di servizi preliminare. 8.2 Lo *scoping* in materia ambientale. 8.3 Il nulla osta di fattibilità in tema di prevenzione incendi. 9. La decisione 'interpretativa'.

1. Premessa

L'eccesso di regolamentazione delle attività economiche (di rango legislativo e non)¹ ovvero la sua non elevata qualità (il cui miglioramento dovrebbe essere assicurato dalla AIR quale «strumento per la razionalità delle decisioni politiche, qualunque ne sia l'oggetto» che «assume un particolare significato nell'ambito della tendenza, promossa anche dal diritto dell'Unione Europea, a ridurre, nei limiti del possibile, gli adempimenti cui subordinare l'iniziativa economica»: Trimarchi Banfi, 2014: 19) può produrre effetti estremamente negativi sull'economia.

A ciò va aggiunto che il maggiore e più grave pregiudizio alle attività economiche deriva dall'incertezza del diritto, che scoraggia gli investimenti e, nei casi più gravi, finisce addirittura per impedirne la realizzazione. Il problema non è nuovo, ma con il passare del tempo ha assunto una dimensione sempre più vasta. Negli ultimi anni, caratterizzati dalla gravissima crisi economica e finanziaria globale, infine, è diventato molto preoccupante: la crisi, infatti, ha prodotto in Italia una drastica riduzione degli investimenti, soprattutto di quelli stranieri, per la cui ripresa è imprescindibile creare «un ambiente favorevole a imprese e investimenti» (Visco, 2015: 130 sgg.) e, quindi, un elevato grado di certezza nei rapporti tra cittadino e p.a., che potrà dirsi raggiunto solo quando sarà possibile prevedere con sicurezza la fattibilità delle iniziative di investimento, i tempi e le condizioni per ottenere gli atti di consenso necessari, nonché i costi, amministrativi e non.

Uno dei settori in cui si avverte particolarmente, nei rapporti tra cittadino e p.a., l'enorme incidenza dell'incertezza è, tradizionalmente, quello del diritto

to tributario. Per questa ragione, negli ultimi quindici anni, nel nostro ordinamento sono stati compiuti notevoli sforzi per ovviare a tale situazione: nella l. 27.07.2000, n. 212, recante *Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente*, sono stati formalmente sanciti il principio generale di «chiarezza e trasparenza delle disposizioni tributarie» (art. 2 l. cit.) e quello del diritto alla «informazione del contribuente» (art. 5 l. cit.). Ciò nonostante, di recente si è dovuto purtroppo constatare che il problema non è stato ancora risolto e la gravità della situazione ha reso necessario intervenire mediante il d.lgs. 5.08.2015, n. 128, che, molto significativamente, reca nuove disposizioni in tema di «certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente». Mentre va certamente salutato con favore questo nuovo tentativo di aumentare la certezza in materia, non si può non rilevare, al tempo stesso, che è estremamente difficile raggiungere il risultato.

Nel diritto amministrativo la situazione non è molto diversa. Negli ultimi decenni, non sono mancati molti ed importanti interventi e azioni per diminuire l'incertezza (mediante l'eliminazione di leggi e regolamenti inutili, le codificazioni, la redazione di T.U., le semplificazioni). Non è questa la sede per tracciare un bilancio di quanto è stato fatto per avere finalmente disposizioni chiare e trasparenti in tema di rapporti tra cittadino e p.a. o di quanto dovrebbe essere ancora fatto in futuro, ma è purtroppo difficile negare che il problema continua ad esistere (in argomento si vedano i contributi di Ainis, 2010 e Mattarella, 2011). Puntare a un radicale miglioramento del sistema normativo è sicuramente giusto e costituisce una condizione necessaria perché in futuro l'incertezza del diritto possa risultare confinata entro limiti fisiologici. Lo stesso può dirsi per quanto concerne l'assoluta necessità di una costante e adeguata manutenzione del sistema stesso, in mancanza della quale (dati la velocità con cui 'invecchia' e il fatto che è in perenne e velocissima trasformazione) si corre seriamente il rischio che, come è già avvenuto in passato, il lavoro svolto venga vanificato.

Ciò a parte il fatto che l'adeguamento della regolazione a standard che garantiscano la certezza del diritto, specialmente in relazione allo svolgimento di attività economiche, è un compito immane e richiede tempi medio-lunghi, incompatibili con le esigenze di funzionamento delle imprese (per una disamina in termini generali del principio di certezza del diritto si rinvia al contributo di Grossi, 2015).

Forse anche questo è uno dei motivi per cui lo Statuto del contribuente non si è limitato a introdurre le ricordate fondamentali disposizioni sulla formulazione dei testi normativi, ma ha 'puntato' anche sull'istituto del c.d. interpello ordinario, e cioè uno strumento mediante il quale il contribuente può ottenere dalla p.a. una risposta in ordine a dubbi e incertezze. L'estrema importanza che il legislatore attribuisce a tale istituto risulta confermata dai recenti interventi legislativi tendenti a valorizzarlo e migliorarne l'efficacia, obiettivo che, del re-

sto, traspare chiaramente anche dalle risultanze, ampiamente positive, dell'articolata indagine effettuata dalla Corte dei conti².

Si deve ritenere che la principale ragione della scelta del legislatore dipenda dal fatto che la chiarezza e trasparenza delle disposizioni normative e le informazioni che la legge impone di mettere a disposizione del cittadino migliorano notevolmente la situazione ma non permettono di sapere in via preventiva come la legge verrà interpretata e applicata dalla p.a. L'interpello è lo strumento mediante il quale il cittadino può ottenere una risposta vincolante (che si potrebbe denominare decisione interpretativa) su come la p.a. interpreta e ritiene di applicare la legge: il che significa dare al cittadino la possibilità di sapere, per esempio, se un determinato atto, attività o comportamento è lecito o illecito e, quindi, passibile di essere sanzionato, ovvero se ha o meno diritto ad un certo bene della vita, ovvero, almeno, quali sono le condizioni per conseguirlo.

La l. 7.08.1990, n. 241, a dispetto delle numerose modifiche cui è stata assoggettata nel corso del tempo (e, da ultimo, con l. 7.08.2015, n. 124), tuttora non contiene disposizioni come quelle di cui agli artt. 2 e 5 cit. e nemmeno una disposizione come l'art. 11 in tema di interpello. Nel silenzio di tale legge, la dottrina più avvertita ha osservato, in relazione all'attuazione della direttiva Bolkestein sui servizi nel mercato interno, che l'introduzione di «una sorta di “interpello amministrativo”» darebbe «maggior certezza alle imprese in ordine a progetti di investimento la cui realizzazione dipende in buona parte dal rilascio di una pluralità di autorizzazioni» (Matarella, 2011: 141-142).

Nell'attuale contesto normativo, si potrebbe ritenere che la legge abbia inteso riconoscere il diritto di interpello nel diritto tributario, ma non nel diritto amministrativo, relativamente al quale ogni discorso dovrebbe rimanere confinato in una prospettiva *de iure condendo*.

Una simile conclusione, troppo precipitosa, non pare convincente per varie ragioni.

Anzitutto, perché anche nel diritto amministrativo la ricerca di un maggior grado di certezza del diritto è da tempo avvertita e non mancano istituti, quali la circolare interpretativa (istituto, peraltro, impiegato molto spesso anche nel diritto tributario) o il c.d. parere preventivo, utilizzati a tal fine.

In secondo luogo, si deve registrare che nell'ordinamento sono ormai numerose le leggi che attribuiscono al cittadino, al di là del *nomen iuris* prescelto dal legislatore³, il diritto di interpello della p.a. o regolano istituti che hanno le medesime finalità. Ancora più significativo è, poi, il fatto che tali previsioni rivestono indubbio rilievo per le più varie ragioni (ampiezza dell'ambito di applicazione, importanza del settore cui si riferiscono ecc.).

Infine, non sembra che il solo fatto della mancanza nella legge n. 241/1990 di una disposizione simile a quella in tema di interpello tributario costituisca

un argomento dirimente per escludere l'esistenza, in termini generali e quindi anche al di fuori dei delle singole fattispecie contemplate dalla legge, di un diritto di interpello che il cittadino può esercitare, cui corrisponda un preciso obbligo a carico della p.a. di assumere una decisione interpretativa vincolante per la p.a. medesima.

2. *Le circolari interpretative*

Sia pure brevemente, e senza alcuna pretesa di completezza, appare necessario un cenno all'istituto delle circolari interpretative.

Le leggi di unificazione del 1865 avevano lo scopo, per quanto qui interessa, di creare un'unica legislazione. Le circolari interpretative – che mirano essenzialmente a garantire l'uniformità nell'applicazione della legge secondo l'indirizzo politico deciso a livello centrale – sia pure in modo indiretto, possono svolgere un ruolo di chiarificazione, ma non possono garantire la certezza dei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione. Per rendersi conto di ciò, basta solo riflettere sul fatto che, al di là della ricordata funzione, la decisione di emanare una circolare è discrezionale e che ciò vale anche per quanto concerne tempi e modi con cui procedervi. Né, ad una diversa conclusione, può pervenirsi per il fatto che, talvolta, le circolari vengono emanate su sollecitazione di associazioni imprenditoriali, sindacali, professionali, ecc. o che questi stessi soggetti talora influiscono sul loro contenuto. Dato che i privati «non hanno la possibilità di porre quesiti e sollecitare indicazioni» (Mattarella, 2011: 141), ciò può avvenire solo in presenza di una precisa volontà della p.a. perché, di regola, il cittadino non ha diritto di ricevere una risposta da parte della p.a. qualora abbia sollecitato l'emanazione di una circolare.

3. *Il c.d. parere preventivo*

Nella prassi amministrativa, l'esigenza di individuare uno strumento per eliminare i ricorrenti dubbi interpretativi è stata chiaramente avvertita e non da oggi. Talvolta alcune amministrazioni, infatti, hanno fatto ricorso al c.d. parere preventivo per rispondere alle richieste di chiarimento presentate dai cittadini.

La giurisprudenza non ha sostenuto il ricorso a questo istituto e ciò anche nei casi in cui il parere preventivo trovava fondamento in una specifica disposizione regolamentare.

In base ad una previsione del regolamento edilizio, una giunta comunale ha reso un parere preventivo chiarendo che un intervento di ristrutturazione di un edificio poteva essere assentito mediante rilascio di un titolo edilizio diretto e quindi senza necessità di preventiva approvazione di uno strumento urbanistico

attuativo. Ciò nonostante, il procedimento avviato dall'interessato per ottenere il titolo edilizio diretto si è concluso con un provvedimento di rigetto, stante il dissenso del dirigente competente in merito all'interpretazione accolta nel parere preventivo. Il giudice amministrativo, investito della questione, ha ritenuto che nel caso di specie fosse impossibile prescindere da un atto di pianificazione attuativa e il parere preventivo della giunta non avesse carattere vincolante, con la conseguenza che non era preclusa al dirigente la possibilità di pretendere l'approvazione di un piano attuativo, e ciò anche senza necessità di annullare preliminarmente il parere preventivo e persino senza obbligo di indicare le ragioni per cui l'interpretazione data dalla giunta doveva ritenersi errata⁴.

Il parere preventivo è stato quindi 'degradato' dal giudice amministrativo ad un livello persino inferiore a quello di un normale parere, per discostarsi dal quale, come noto, la p.a. è tenuta ad indicare le ragioni del dissenso, ed ha finito per aggravare le incertezze, invece di eliminarle, causando anche un notevole allungamento dei tempi di definizione della questione ed un considerevole aumento dei costi a carico del cittadino e della stessa p.a., costretta a pronunciarsi sulla medesima questione per due volte.

4. I chiarimenti in materia di appalti pubblici

I soggetti interessati a partecipare ad una gara d'appalto possono domandare alla stazione appaltante chiarimenti per fugare qualsiasi dubbio in ordine alla preparazione e presentazione dell'offerta o, più in generale, alla procedura di gara. La notevole importanza di uno strumento che consente di risolvere preventivamente eventuali incertezze si apprezza in modo particolare in questa materia, dato che eventuali errori od omissioni nella redazione e presentazione delle offerte possono comportare, nei casi più gravi, l'esclusione dalla gara oppure una valutazione non positiva dell'offerta rispetto ad altre. I chiarimenti, in questa prospettiva, mirano a semplificare e ridurre il lavoro della stazione appaltante, favorire la più ampia partecipazione alle gare e, al tempo stesso, arginare, almeno in parte, il contenzioso.

A differenza degli altri casi che verranno presi in esame, l'istituto dei chiarimenti non ha fondamento in una disposizione di rango primario, ma nella *lex specialis*.

I soggetti che possono domandare chiarimenti sono coloro che hanno interesse a valutare se presentare un'offerta.

Sotto il profilo dei presupposti non devono ricorrere, di regola, particolari condizioni: a differenza di quanto avviene in materia tributaria, quindi, è possibile domandare chiarimenti anche se non sussistono condizioni di obiettiva incertezza.

In mancanza di una disciplina legislativa, la giurisprudenza ritiene correttamente che la stazione appaltante non possa legittimamente modificare o innovare la *lex specialis* nel rispondere alle richieste di chiarimenti. Da questo principio, peraltro, la giurisprudenza ha poi tratto il convincimento che la commissione di gara non è tenuta a conformarsi alla risposta data dalla stazione appaltante ai concorrenti, laddove la ritenga in contrasto con il bando. Qualunque cosa si pensi di quest'affermazione, è evidente che, in tal modo, la funzione dell'istituto finisce per risultare notevolmente depotenziata perché ciò equivale a dire che il chiarimento può essere messo in discussione e quindi non risolve la questione. Ciò senza considerare il fatto che in concreto risulta molto complicato, salvo casi eclatanti, stabilire se il chiarimento rispetta o meno la *lex specialis*. Non si deve mai dimenticare, infatti, che l'interessato normalmente chiede chiarimenti per dirimere una situazione di incertezza che sussiste quando gli atti di gara non sono chiari e trasparenti: in tale situazione il giudizio di conformità del chiarimento rispetto ad una regola incerta è complicato, specialmente per la commissione di gara, e di esito imprevedibile fino alla decisione del giudice nei casi di impugnativa giurisdizionale.

Nella specie, trattandosi di procedure di gara, riveste particolare importanza il problema della *par condicio* tra i potenziali contraenti, che devono essere tutti posti sullo stesso piano, evitando che la stazione appaltante possa, in qualsiasi modo, avvantaggiare l'uno o l'altro concorrente. Ciò significa, concretamente, fare in modo non solo che tutti gli interessati possano chiedere i chiarimenti ritenuti necessari, ma anche che modi e tempi di presentazione dei quesiti e di divulgazione delle risposte siano uguali per tutti.

Perché l'istituto possa risultare veramente efficace, infine, è indispensabile che le risposte ai quesiti vengano date e rese disponibili in tempo utile perché possano essere concretamente utilizzate per la redazione e presentazione delle offerte.

5. Il diritto di interpello in materia di previdenza sociale e lavoro

In alcuni casi, la legge attribuisce il diritto di interpello non ai soggetti interessati direttamente e personalmente in relazione a casi concreti (cfr. art. 11, comma 1, l. n. 212/2000), ma ad «organismi associativi a rilevanza nazionale degli enti territoriali» e agli «enti pubblici nazionali», nonché, di «propria iniziativa o su segnalazione dei propri iscritti», alle «organizzazioni sindacali e dei datori di lavoro maggiormente rappresentative sul piano nazionale» e ai «consigli degli ordini professionali» (art. 9, comma 1, del d.lgs. 23.04.2004, n. 124, come sostituito dall'art. 2, comma 113, del d.l. 3.10.2006, n. 262).

I soggetti ed organismi sopra indicati possono presentare «quesiti di ordine generale», sia di propria iniziativa, sia (e ciò vale principalmente per le orga-

nizzazioni sindacali e per quelle dei datori di lavoro) sulla base di segnalazioni ricevute dagli iscritti. Tali organizzazioni svolgono quindi una funzione di 'filtro', perché possono dare a chi ne abbia bisogno i chiarimenti del caso su questioni che sono eventualmente state già chiarite (con una circolare o in occasione di un precedente interpello, ovvero in forza di orientamenti giurisprudenziali consolidati), oppure, in difetto, predisporre le richieste di interpello redigendole nel modo migliore. In questo modo si evita un inutile e oneroso aggravio di lavoro a carico della p.a.

La p.a. è tenuta a provvedere in ordine alla richiesta di interpello e la risposta consiste nel rendere la decisione interpretativa. Tale decisione riveste particolare importanza, perché consente di rimediare allo stato di incertezza e di eliminare gli ostacoli al regolare svolgimento dell'attività, del rapporto ecc. La legge non indica con precisione il carattere vincolante o meno della risposta all'interpello ed i suoi effetti, limitandosi a prevedere che «l'adeguamento alle indicazioni fornite nelle risposte ai quesiti [...] esclude l'applicazione delle relative sanzioni penali, amministrative e civili» (art. 9, d.lgs. 8.04.2004, n. 110 e s.m. e i., in tema di razionalizzazione delle funzioni ispettive in materia di previdenza sociale e di lavoro).

Sembra tuttavia da condividere l'orientamento di quella parte della dottrina secondo la quale si deve ritenere che, «quando l'amministrazione si esprime in un senso o nell'altro, debba essere vincolata alla propria interpretazione, salvo rivedere la stessa per i casi futuri, ma non potendo applicare sanzioni di alcun tipo a chi si è uniformato ad essa». Il vincolo sussiste sempre che non siano coinvolti diritti di terzi, nel quale caso «[...] ad essi va assicurata tutela a seguito di una modifica dell'interpretazione fornita con la risposta al quesito, ma senza che possano prodursi conseguenze nei confronti di chi si è attenuto alla originale formulazione dello stesso per ovvie ragioni di tutela dell'affidamento e del dovere di correttezza dell'amministrazione» (Bombardelli, 2005: 942 ed ivi ulteriori riferimenti di dottrina).

6. Il diritto all'informazione relativo ai servizi nel mercato interno

La nota Direttiva 2006/123/CE (c.d. direttiva Bolkestein) sancisce, all'art. 7, il diritto del cittadino all'informazione. Tale previsione è stata di recente recepita anche nel nostro ordinamento mediante l'art. 26 del d.lgs. 26.03.2010, n. 59, che, peraltro, ha di fatto dato alla direttiva un'attuazione meramente formale, consistente nella semplice trasposizione dell'art. 7 cit. L'importanza del riconoscimento del diritto all'informazione nel settore dei servizi è evidente perché costituisce una garanzia essenziale per assicurare la libera concorrenza nel settore dei servizi.

L'estensione del diritto si desume dal numero e dal tipo di informazioni a cui hanno oggi accesso i prestatori ed i destinatari. L'art. 26, comma 1, indica, anzitutto, che il diritto riguarda i requisiti imposti ai prestatori stabiliti in Italia per accedere alle attività nell'ambito dei servizi e poterle esercitare, ma anche le procedure e le formalità da espletare per poterle avviare e proseguire (lett. a). È comunque altresì garantito l'accesso a molte altre informazioni, tra le quali rientrano anche quelle concernenti i mezzi di ricorso dei quali è possibile avvalersi, per quanto attiene alle controversie sia tra autorità competenti e prestatore, sia tra prestatore e destinatario, sia tra prestatori (lett. d).

Nel complesso, si tratta di un numero di informazioni talmente ampio che l'interessato può acquisire la conoscenza di tutti gli elementi che possono servire per operare velocemente e bene. Peraltro, potrebbe apparire che il diritto all'informazione sia configurato dalla legge in termini astratti. Ma si tratta solo di un'impressione, che può venire fugata agevolmente, se solo si considera che l'art. cit. non manca di precisare che la p.a. è tenuta a dare assistenza agli interessati «sul modo in cui i requisiti di cui al comma 1, lettera a), vengono interpretati e applicati»⁵. Non ci si può quindi limitare a dare una generica indicazione circa la normativa applicabile o una sua interpretazione astratta ma, ed è ciò che più conta, si deve fare in modo che gli interessati abbiano un quadro chiaro e completo del modo in cui la normativa in tema di servizi viene concretamente applicata dalle autorità competenti, tra le quali, si deve ritenere, rientrano anche quelle chiamate a dirimere le controversie in materia⁶.

L'effettività del diritto all'informazione viene garantita anche in termini di tempestività. Per questo motivo, è chiaramente stabilito che, in caso di richiesta irregolare o infondata, la p.a. deve indicarlo al richiedente «senza indugio» (comma 3 art. 26 cit.). Ciò perché l'elemento temporale è non meno importante degli altri e il fatto che non sia stato stabilito alcun termine sembra dovuto solo al proposito di rafforzare il più possibile il principio dell'immediatezza della risposta che, va rimarcato per completezza, deve sempre essere data «in un linguaggio semplice e comprensibile» (comma 2).

7. Il diritto di interpello in tema di clausole vessatorie nei rapporti commerciali con i consumatori

I contratti tra professionisti e consumatori sono oggetto di una rigorosa disciplina, contenuta nel d.lgs. 6.09.2005, n. 206 (*Codice del consumo*), e, in particolare, nell'art. 37 *bis* del Codice introdotto dall'art. 5, comma 1, del d.l. 24.01.2012, n. 1, convertito in l. 24.03.2012, n. 27. Tale disposizione riguarda la *Tutela amministrativa contro le clausole vessatorie* e prevede, al comma 3, la facoltà delle imprese interessate «di interpellare preventivamente l'Autorità in

merito alla vessatorietà delle clausole che intendono utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori [...]». Si tratta di una facoltà che le imprese possono utilizzare per evitare di incorrere nella dichiarazione di vessatorietà di cui al primo comma dell'art. cit. «con gli effetti di cui al comma 2».

Il diritto di interpello può essere esercitato solo dai professionisti e, per quanto disposto dalla legge, ha un oggetto circoscritto alla sola natura vessatoria delle clausole da utilizzare nei rapporti commerciali con i consumatori.

La decisione interpretativa dell'Autorità, infatti, spiega effetti solo nei rapporti tra la stessa AGCM e l'impresa, precludendo l'irrogazione di sanzioni da parte dell'AGCM. La legge precisa, invece, che la decisione assunta nel rispondere alla richiesta di interpello non pregiudica la posizione dei consumatori, dato che «resta in ogni caso ferma la responsabilità dei professionisti». La risposta all'interpello, quindi, non preclude ai consumatori la possibilità di chiedere l'accertamento, in sede civile, della natura vessatoria di una clausola, perché l'approvazione della clausola da parte dell'Autorità non può, naturalmente, pregiudicare la tutela giurisdizionale dei diritti. Il tenore letterale della legge è stringente, ma questo non vuol dire che possa essere estesa al di là di ciò che specificamente prevede. Il giudice investito della controversia relativa alla validità della clausola quindi può e deve tenere conto della decisione interpretativa dell'AGCM per la definizione della causa, sia per quanto concerne l'accertamento della vessatorietà della clausola, sia, e a maggior ragione, della gravità dell'illecito, ecc.

8. L'interpello per l'individuazione delle condizioni per il rilascio di atti di consenso della p.a.

Quando la legge attribuisce alla p.a. un potere discrezionale, il cittadino, per definizione, non può conoscere in anticipo la decisione che verrà presa dalla p.a. In questi casi non è detto che sussista un problema di scarsa chiarezza della legge o comunque non si tratta solo di dirimere le difficoltà di interpretare una legge mal scritta o di altre ipotesi del genere. La situazione di incertezza, anzi, almeno in parte, è la conseguenza di una precisa scelta del legislatore, che ha deciso di rimettere alla p.a. una valutazione discrezionale da compiere in sede di applicazione della legge. Resta il fatto che il cittadino si trova nella condizione di dovere avviare uno o più procedimenti spesso complessi (anche per quanto concerne la fase di preparazione che può essere anche molto onerosa) e di lunga durata, senza essere sicuro della fattibilità dell'investimento.

Nel caso di progetti complessi o comunque riguardanti lo svolgimento di attività economiche si registra dunque un conflitto tra due diverse esigenze che, in qualche modo, devono trovare ragionevole composizione. Da una parte, è spesso molto difficile che la legge o i piani e programmi possano sempre defini-

re nel dettaglio, anche quando rispettano i canoni di corretta redazione, chiarezza e trasparenza, le condizioni per il rilascio di tutti gli atti di consenso da parte della p.a. e, dall'altra parte, l'investitore non può parimenti attendere la conclusione del procedimento (spesso, anzi, di numerosi procedimenti, come detto, di notevole durata e complessità) e il rilascio di tutti gli atti di assenso. È questo il motivo per cui, sempre più spesso, il legislatore si preoccupa, specialmente in relazione a fattispecie di particolare importanza, di consentire all'investitore di individuare, in via preventiva, l'esistenza di eventuali elementi ostativi e, in caso di riscontrata fattibilità dell'investimento, le condizioni per ottenere la concessione da parte della p.a. degli atti di consenso.

8.1 La conferenza di servizi preliminare

La legge 24.11.2000, n. 340, che ha sostituito l'art. 14 *bis* della legge n. 241/1990, prevede, al primo comma, un istituto di indubbia rilevanza⁷. L'ambito di applicazione di tale istituto è diverso a seconda delle fattispecie considerate. Il primo comma, al quale principalmente interessa rivolgere l'attenzione, riguarda i «progetti di particolare complessità e di insediamenti produttivi di beni e servizi»⁸.

L'articolo in esame non si limita a dare un solido fondamento normativo all'istituto, ma ne regola anche gli aspetti salienti.

Il procedimento preliminare di cui al comma 1 viene avviato dall'interessato mediante presentazione di una «motivata e documentata richiesta», alla quale può essere allegato il progetto preliminare o, in mancanza, uno studio di fattibilità; dal punto di vista temporale, tale richiesta si colloca in un momento antecedente alla «presentazione di una istanza o di un progetto definitivi» ed è finalizzata ad ottenere l'individuazione, da parte della conferenza, delle «condizioni per ottenere [...] i necessari atti di consenso»⁹. La conferenza si esprime in merito entro trenta giorni dalla data della richiesta.

Anche se il riferimento a due distinte richieste/istanze potrebbe far pensare all'avvio di due procedimenti separati, la legge sembra invece riferirsi ad un procedimento unico diviso in due fasi, la prima delle quali, avente carattere preventivo, ha lo scopo di fissare le condizioni per il rilascio degli atti di consenso, mentre la seconda e successiva fase è quella propriamente diretta all'approvazione del progetto definitivo¹⁰.

Molto opportunamente, il legislatore ha regolato anche il rapporto tra gli atti conclusivi delle due fasi della procedura: il comma 4 dell'art. cit., infatti, stabilisce che la deliberazione preventiva viene assunta «allo stato degli atti» a disposizione della conferenza di servizi e «le indicazioni fornite in tale sede possano essere motivatamente modificate o integrate solo in presenza di significativi elementi emersi nelle fasi successive del procedimento, anche a seguito

delle osservazioni dei privati sul progetto definitivo». Le modifiche e integrazioni sono dunque ammesse solo nei casi in cui, nel corso della seconda fase del procedimento, emergano elementi nuovi e purché questi rivestano effettivamente un significativo rilievo ai fini della valutazione del progetto. In ogni caso, qualsiasi decisione di modificare o rettificare la deliberazione della conferenza preliminare sulle condizioni per l'ottenimento degli atti di assenso dovrà essere motivata.

Il legislatore, quindi, consapevole che una scelta differente avrebbe rischiato di vanificare o ridurre notevolmente l'utilità dell'istituto, ha attribuito alla deliberazione della conferenza preliminare ha natura decisoria¹¹. La decisione spiega pertanto pienamente i suoi effetti, ferma restando la possibilità di modifiche e/o integrazioni nell'unico caso previsto e nel rispetto degli stringenti limiti stabiliti dalla legge.

8.2 *Lo scoping in materia ambientale*

Nel nostro ordinamento rivestono un ruolo di sempre maggiore importanza i procedimenti in materia ambientale. Tali procedimenti si caratterizzano per la natura latamente discrezionale e la notevole complessità e lunghezza, che determinano la tendenziale imprevedibilità del loro esito.

L'art. 21 del d.lgs. 3.04.2006, n. 152, recante *Norme in materia ambientale*, attribuisce all'interessato la facoltà di avviare una fase di consultazione con l'autorità competente, al fine di definire la portata delle informazioni da includere nello studio di impatto ambientale, il relativo livello di dettaglio e le metodologie da adottare.

Il secondo comma dell'art. cit. prevede che, all'esito delle attività di consultazione (la cui durata deve essere di soli sessanta giorni, come prescrive il quarto comma dell'art. cit.), l'autorità competente verifica «l'esistenza di eventuali elementi di incompatibilità» (lett. c) e, ove non li riscontri, «indica le condizioni per ottenere, in sede di presentazione del progetto definitivo, i necessari atti di consenso, senza che ciò pregiudichi la definizione del successivo procedimento» (lett. d). In modo del tutto coerente con la finalità della consultazione (individuazione delle condizioni per il rilascio degli atti di consenso), l'art. 22, comma 2, d.lgs. cit. stabilisce che «lo studio di impatto ambientale è predisposto [...] nel rispetto degli esiti della fase di consultazione e definizione dei contenuti di cui all'art. 21, qualora attivata».

Al di là del *nomen juris* e nonostante la formulazione utilizzata dal legislatore sia molto generica, la *ratio* dell'istituto in esame è ben chiara. La consultazione, infatti, mira anzitutto ad escludere l'esistenza di condizioni ostative e poi a definire le condizioni per l'ottenimento degli atti di consenso di compe-

tenza della p.a., prima di dare avvio al successivo procedimento di approvazione del progetto definitivo.

Né, in senso contrario, può essere richiamata la previsione di cui alla lettera d) cit., ove è stabilito che l'esito della fase di consultazione non pregiudica la decisione circa l'approvazione del progetto. In tal modo, infatti, si è inteso solo dire che non si può considerare automatico l'ottenimento degli atti di assenso. Ciò non toglie, tuttavia, che alla base del successivo procedimento debbano essere poste proprio le risultanze della fase di consultazione la cui modifica o integrazione può intervenire solo ed esclusivamente in presenza di sostanziali elementi di novità.

8.3. Il nulla osta di fattibilità in tema di prevenzione incendi

L'art. 8 del d.p.r. 1.08.2011, n. 145, prevede che gli enti e i privati responsabili delle attività soggette a prevenzione incendi «possono richiedere al Comando l'esame preliminare della fattibilità dei progetti di particolare complessità, ai fini del rilascio del nulla osta di fattibilità». La disposizione in esame non aggiunge altro.

È innegabile, tuttavia, che si tratti di una previsione avente finalità analoghe alle altre esaminate in precedenza: evitare, in caso di progetti complessi, di dovere predisporre un progetto completo ed iniziare un procedimento di approvazione del progetto stesso senza avere preventivamente verificato la fattibilità dell'intervento (costituente l'oggetto specifico del nulla osta).

Il nulla osta ha il preciso scopo, naturalmente, di individuare le condizioni per l'ottenimento degli atti di consenso ai sensi della normativa sulla prevenzione degli incendi.

9. La decisione interpretativa

Nei paragrafi precedenti sono state prese brevemente in considerazione diverse fattispecie di interpello. Quasi tutte si fondano su specifiche disposizioni di legge, ma non mancano casi in cui è la stessa p.a. a prevedere la possibilità di interpellare la p.a., ad esempio chiedendo chiarimenti. La disciplina nelle diverse ipotesi presenta differenze anche marcate. Tutte, peraltro, sono accomunate dal diritto di interpello, e cioè di chiedere informazioni, chiarimenti ecc., che la p.a. è tenuta a fornire circa l'interpretazione e applicazione della legge.

Una conferma della tendenza dell'ordinamento a prediligere forme di delucidazione preventiva sulle modalità di applicazione della regola che la p.a. deve applicare nell'esercizio delle sue funzioni emerge persino dal c.p.a. che, all'art. 112, ha regolato l'istituto della c.d. ottemperanza interpretativa, la quale consente alla parte soccombente in giudizio di domandare al giudice chiarimenti

sulle modalità di esecuzione della sentenza (comma terzo). In tal modo, il legislatore si è prefisso l'obiettivo di chiarire anticipatamente le modalità con cui la p.a. intende procedere al fine di evitare l'insorgere di nuove controversie. Così facendo, si inverte la tradizionale successione tra atto/comportamento della p.a. e decisione del giudice invertendone l'ordine.

In questo contesto, non sembra sussistano dubbi circa la possibilità di interpellare la p.a. anche in assenza di un'apposita disposizione di legge, attribuendo quindi all'istituto una valenza di carattere generale. Nell'indagine già citata, del resto, la Corte dei conti non ha mancato di sottolineare, da una parte, «l'essenzialità dell'istituto dell'interpello all'interno di un moderno sistema tributario autenticamente partecipativo» (capitolo I, *Oggetto e metodologia di indagine*: 17) e, dall'altra, che l'istituto, oltre ad essere di «indiscutibile valenza», è «autentica espressione di civiltà giuridica» (capitolo V: par 3).

L'esattezza di tale conclusione sembra potere essere verificata da molti punti di vista.

Per esempio, argomenti in questo senso si potrebbero forse trarre da un approfondimento circa il rapporto tra legge n. 241/1990 e Statuto del contribuente, che ancora non sembra essere stato delineato in modo convincente (sulla più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia, si rinvia al contributo di Sorace, 2016) oppure valutando le conseguenze che può rivestire nell'ordinamento il fatto che l'art. 11, l. n. 212/2000, costituisce un principio dell'ordinamento tributario, come chiarito dall'art. 1, comma 1, l. cit., e che, come tutti gli altri principi della legge, ad esso il legislatore ha assegnato la chiara e specifica funzione di «attuazione degli articoli 3, 23, 53 e 97 della Costituzione» (art. 1, comma 1) anche in considerazione del fatto che le citate disposizioni costituzionali, con l'eccezione del solo art. 53, riguardano qualsiasi tipo di rapporto tra p.a. e cittadino e che anche la l. n. 241/1990 costituisce una normativa di attuazione dei principi costituzionali. I limiti del presente lavoro impediscono, tuttavia, di approfondire in questa sede i profili sopra delineati.

Un altro argomento che potrebbe essere invocato a sostegno della tesi prospettata potrebbe essere desunto dal numero e dall'importanza delle fattispecie legislative esaminate per desumere da queste l'esistenza di un principio generale del quale ciascuna legge costituisce applicazione nel singolo caso direttamente e specificamente regolato dal legislatore. In questo senso, si potrebbe anche fare riferimento al rapporto tra legge generale e leggi speciali che, secondo la dottrina più autorevole, non può essere ricostruito senza tenere conto della peculiare realtà del diritto amministrativo che «[...] presenta una complessità sua propria, che si esprime con interrelazioni, influssi reciproci, contaminazioni di norme e di principi e quindi anche con un confronto di valori e di idee, fra la parte generale e i settori speciali, in entrambi i sensi. I mutamenti nella parte gene-

rale sono dovuti non soltanto a nuove leggi generali, ma anche all'evoluzione in atto nei settori speciali» (Travi, 2015: 91). Da questo punto di vista, del resto, non si può non ricordare che anche lo Statuto del contribuente ha rappresentato un punto di arrivo in tema di disciplina dell'istituto precedentemente oggetto di singole previsioni normative. Anche su questo punto, peraltro, occorrerebbe compiere approfondimenti che esulano dai limiti del presente scritto.

Lasciando da parte le considerazioni che precedono, che potranno costituire oggetto di ulteriore sviluppo in un successivo lavoro, occorre fermare l'attenzione sulla *ratio* stessa dell'istituto, vale a dire l'eliminazione di una situazione di obiettiva incertezza e quindi di consentire ai cittadini di «conoscere in maniera affidabile quali regole governeranno la loro condotta e come queste regole saranno interpretate e applicate» (Corso, 2014: 292 ed ivi ulteriori riferimenti di dottrina).

Il diritto di interpello deve essere esperibile in situazioni del genere allo scopo di dirimere in anticipo le questioni incerte evitando che la soluzione dei dubbi avvenga solo al termine del procedimento generando incertezza per tutta la sua durata. La richiesta del cittadino non può essere considerata avulsa dal contesto perché riguarda sempre l'esercizio di poteri che la p.a. potrebbe avviare d'ufficio (ad es. quando si chiede se si può tenere un certo comportamento, o meno, al fine di evitare di incorrere nell'applicazione di sanzioni) o il cui esercizio potrebbe essere determinato mediante la presentazione di una domanda per la concessione di atti di consenso (autorizzazione, concessione ecc.). Nei casi in cui sussistono obiettive condizioni di incertezza, la definizione delle questioni incerte deve avvenire in via preventiva per non pregiudicare l'attività successiva. La risposta che la p.a. è chiamata a dare¹² ha esattamente la stessa natura che avrebbe se venisse data al termine del procedimento. Come detto, infatti, la stessa decisione viene solo anticipata temporalmente, nel senso che, nel rispondere alla richiesta di interpello, la p.a. esamina in via preventiva le stesse questioni che dovrebbero essere comunque risolte in sede di emanazione del provvedimento finale, in occasione del quale, peraltro, restano da decidere le questioni non definite in via preventiva.

Il fatto che una o più questioni oggetto del procedimento o di un futuro procedimento vengano esaminate e decise separatamente e prima di altre non ne esclude il carattere decisorio.

La risposta all'interpello ha carattere decisorio e non può quindi essere rimessa in discussione dalla p.a. (pena la duplicazione delle decisioni, mentre l'obiettivo da raggiungere è quello di suddividere il momento decisionale in due distinti momenti, uno dei quali di carattere preventivo), se non attraverso l'esercizio del potere generale di autotutela, alle condizioni e nei limiti previsti dalla l. n. 241/1990, o nei casi e limiti stabiliti da ogni singola disposizione di leg-

ge. Una diversa conclusione risulterebbe, del resto, in contrasto con il principio di affidamento. L'uso dell'interpello per eliminare una situazione di incertezza non può infatti risolversi in un peggioramento della condizione del cittadino, che invece si verificherebbe in caso contrario: lungi dal consentire di ottenere una decisione interpretativa, la risposta della p.a. rischierebbe di indurre il cittadino a compiere delle scelte sulla base di un presupposto non certo e ciò senza neppure potere escludere che una risposta errata venga data in modo doloso. Corollario necessario di quanto detto è che in nessun caso l'eventuale errore in cui sia incorsa la p.a. può produrre effetti pregiudizievoli a carico dell'interessato. Anche eventuali determinazioni della p.a. di modifica della decisione interpretativa sono destinate ad operare solo a partire dalla data in cui il cittadino abbia ricevuto una comunicazione in merito della p.a.

Non è qui possibile, per i ricordati limiti, proseguire il discorso, ma è facile prevedere che un istituto del genere potrà risultare realmente utile solo a condizione che il procedimento da seguire per rendere la decisione interpretativa possa svolgersi in tempi brevi e secondo regole *ad hoc* (nel caso che la procedura e il termine di conclusione siano identici è certo che resterebbe inutile e alto quello di un'ulteriore complicazione delle cose) e che vengano chiariti tempi e modi di tutela del terzo, per quanto concerne la partecipazione in via amministrativa e la stessa tutela giurisdizionale.

Note

- ¹ In alcuni casi, tuttavia, produce effetti gravissimi anche la mancanza di una regolamentazione o il ritardo nella sua approvazione: ad es., quando la p.a. omette di emanare un regolamento o altro atto attuativo di una legge che, nelle more, vieta lo svolgimento di un'attività economica.
- ² Cfr. deliberazione 5.08.2015, n. 5/2015/G della Sezione centrale di controllo sulla gestione e sulle amministrazioni dello Stato, nella quale, tra l'altro, sono contenuti anche una serie di suggerimenti volti ad assicurare una sempre maggiore efficacia dell'istituto.
- ³ In alcuni casi la legge (cfr., per esempio, l'art. 146 d.lgs. 30.06.2003, n. 196, *Codice in materia di protezione dei dati personali*) pur facendo riferimento al diritto di interpello usa tale espressione in un senso differente da quello con cui viene generalmente utilizzata: nell'art. 146. cit., infatti, il legislatore ha solo inteso stabilire che l'interessato non può rivolgersi direttamente al garante dovendo preliminarmente, tranne che nei casi di pregiudizio imminente ed irreparabile, rivolgersi al titolare o al responsabile.
- ⁴ Cfr. TAR Lombardia, Milano, sez. II, 6.04.1993, n. 226, confermata da Cons. St., sez. V, 20.04.2000, n. 2124.
- ⁵ La formulazione letterale potrebbe indurre a restringere l'ambito del diritto di informazione ai soli requisiti imposti ai prestatori, intesi, per così dire, solo in termini sostanziali, ma sembra più logico e rispondente alle finalità della normativa in esame estenderlo anche alle procedure ed alle formalità da espletare che, del resto, sono menzionate espressamente dalla lett. a), cui il secondo comma dell'articolo in esame si riferisce.
- ⁶ Su questo punto, nel silenzio della legge, si reputa coerente configurare l'oggetto delle informazioni nel modo più ampio possibile, secondo la *ratio* della normativa in esame.
- ⁷ La c.d. legge Madia prevede la revisione della disciplina dell'istituto della conferenza di servizi: stando a quanto risulta dalla bozza del relativo decreto, la disciplina della conferenza preliminare non dovrebbe subire sostanziali novità.
- ⁸ Il secondo comma dell'art. in esame riguarda invece la «realizzazione di opere pubbliche e di interesse pubblico».
- ⁹ Il che significa, ovviamente, che in tale sede devono essere indicati gli elementi eventualmente preclusivi della realizzazione del progetto. La necessità di tale indicazione è espressamente sancita nel comma 2 dell'art. 14 *bis*, ma deve ritenersi logicamente e giuridicamente applicabile anche nei casi regolati dal primo comma, dato che sarebbe impossibile indicare le condizioni e gli elementi necessari per l'ottenimento degli atti di consenso di un progetto non realizzabile.
- ¹⁰ Il quarto comma dell'art. 14 *bis*, infatti, prevede che le eventuali modifiche, nei limiti in cui sono ammesse, possono essere apportate nelle fasi successive del procedimento, che quindi è uno solo, anche se suddiviso in fasi.
- ¹¹ In questo senso cfr. TAR Campania, Napoli, sez. VII, 11.11.2011, n. 5292.
- ¹² Ed è anche tenuta a dare secondo il ben noto insegnamento della giurisprudenza che ravvisa sempre, ai sensi dell'art. 97 Cost., un obbligo di provvedere anche in mancanza di una specifica disposizione di legge nei casi in cui ciò sia richiesto da un dovere di correttezza o da ragioni di giustizia e buon andamento della p.a.

Riferimenti bibliografici

- Ainis M. 2010, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, Roma-Bari.
- Bombardelli M. 2005, *Diritto di interpello, Commento all'art. 9 d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124*, in *Le nuove leggi civili commentate*: 936 sgg.
- Corso G. 2015, *Conclusioni*, in *Atti del Convegno annuale AIPDA*, tenutosi a Napoli il 3-4 ottobre 2014 su *L'incertezza delle regole*, Napoli: 283 sgg.
- Grossi P. 2015, *Sulla odierna 'incertezza' del diritto*, in *Atti del Convegno annuale AIPDA*, tenutosi a Napoli il 3-4 ottobre 2014, su *L'incertezza delle regole*, Napoli e in 2015 *Ritorno al diritto*, Bari.
- Mattarella B. 2011, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, il Mulino, Bologna.
- Sorace D. 2016, *Tra diritto generale delle amministrazioni pubbliche e diritto tributario: spigolature della giurisprudenza recente della Corte di Cassazione*, in *Foro It.*, IV: 90 sgg.
- Travi A. 2015, *Incetezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Atti del Convegno annuale AIPDA*, tenutosi a Napoli il 3-4 ottobre 2014 su *L'incertezza delle regole*, Napoli: 71 sgg.
- Trimarchi Banfi F. 2014, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino.
- Visco I. 2015, *Perché i tempi stanno cambiando*, il Mulino, Bologna.

LA FUNZIONE REGOLATORIA: CONTENUTO, NATURA E REGIME GIURIDICO

Paolo Lazzara

SOMMARIO – 1. Programmazione e regolazione, analogie e differenze. 2. La regolazione: la difficile delimitazione del tema. 3. Diversi significati e differenti prospettive. 4. Regolazione economica e regolazione sociale. Il rapporto autorità/libertà nella funzione regolatoria. 5. Regolazione e procedimento tra forma e sostanza. 6. Conclusioni. Lo 'spazio' istituzionale e costituzionale della funzione regolatoria.

1. Programmazione e regolazione, analogie e differenze

Negli ultimi decenni il quadro istituzionale che attiene all'intervento pubblico nell'economia è significativamente mutato, soprattutto sotto la spinta dell'integrazione europea e della globalizzazione degli scambi. Si è progressivamente affermato, nella normativa e nella prassi, un modello di azione pubblica differente che, oltre a caratterizzare gli ambiti pubblici che interferiscono con l'iniziativa economica privata, sembra estendersi anche alle funzioni amministrative tradizionali.

In particolare alla «programmazione economica» (Carabba, 1997) si è affiancata una forma di intervento mediante 'regolazione', soprattutto in collegamento al progressivo allontanamento dal modello di Stato programmatore e imprenditore, che aveva caratterizzato il periodo post-bellico, sino alla fine degli anni '80 del secolo scorso.

Lo Stato programmatore sintetizza in via autoritativa le informazioni statistico-economiche e le principali variabili dell'economia, interviene attivamente verso determinati obiettivi di interesse generale (Carabba, 1997); nelle dinamiche di mercato – com'è noto – l'allocazione delle risorse tende a basarsi sul libero movimento dei prezzi e sull'assenza di obiettivi generali sovraordinati. È chiaro che tali forme di intervento non sono alternative o esclusive, essendo piuttosto destinate a convivere secondo combinazioni storicamente variabili (Luciani, 1991).

Per i profili di nostro interesse, va rilevato che nella prima ipotesi gli attori politici (Governo e Parlamento) (Luciani, 1991) valutano a monte i profili di interesse pubblico ed intervengono direttamente, sia nella previsione degli obiettivi generali, sia nella predisposizione delle strategie e dei mezzi per raggiungerli (Carabba, 1987).

Nel caso della regolazione, invece, si presuppone il riconoscimento di maggiore spazio all'iniziativa privata e la sussistenza di un mercato, con la conse-

guenza che l'intervento pubblico assume valore sussidiario e trova fondamento nell'esigenza di correggere il mercato stesso dai c.d. 'fallimenti' (in senso ampio) e da altre condizioni che ne determinano il «cattivo funzionamento» (Sunstein, 2001: 4). Questo è il contesto della «regolazione» (Ogus, 2001) che può essere efficace solo sino a quando non si debba svolgere un'azione pubblica di tipo «allocativo- redistributivo», e cioè offrire, attraverso prestazioni «amministrative», i c.d. beni «meritori» (istruzione, sanità ecc.) (Napolitano, Abrescia, 2009: 71 sgg.).

Programmazione e regolazione muovono entrambe dall'esigenza di raggiungere finalità di interesse generale, con la differenza che la prima, oltre a stabilire gli obiettivi sociali, fissa il percorso e predispone (almeno in parte) i mezzi normativi e finanziari per raggiungerli (Carabba, 1997). La programmazione, in altri termini, guida le attività economiche secondo la c.d. 'funzione-obiettivo', ovvero in base ad un disegno preordinato al perseguimento di determinati fini, sorretto finanziariamente (Stipo, 1991).

La regolazione – per contro – si limita ad intervenire su dinamiche spontanee (o quasi-spontanee) dell'iniziativa economica privata; sull'assunto che il mercato, se adeguatamente corretto, sia in grado di garantire determinate finalità generali, che si considerano oggettivamente «inerenti» alle stesse attività economiche (Luciani, 1991; Predieri, 1963: 162).

Vi è poi un'altra differenza tra le due forme d'intervento che consiste in un diverso rapporto tra autorità e libertà: la programmazione incontra come limite generale il non contraddire l'assetto complessivamente libero dell'economia o del settore (Stipo, 1991); mentre la regolazione presuppone un ambito, in linea di principio, affidato ai privati e lasciato alle dinamiche della libera concorrenza. Alla regolazione sono perciò aliene valutazioni di politica economica e di macroeconomia che invece caratterizzano la programmazione (lotta alla disoccupazione, riduzione del divario tra diverse aree geografiche ecc.).

Si può dunque concludere nel senso che programmazione e regolazione sono forme di intervento che attengono a momenti istituzionali diversi, fondate su presupposti differenti e con contenuti difficilmente paragonabili. Con un accettabile grado di approssimazione, si può aggiungere che la regolazione, come forma di intervento nell'economia, presuppone scelte di politica economica che vanno nel senso della liberalizzazione dei settori di riferimento; scelte che, essendo generalmente assunte a livello UE, vincolano il legislatore nazionale.

Quest'ultimo elemento aiuta a comprendere alcuni aspetti del regime della regolazione. La disciplina eurounionista, invero, in quanto non ammette limitazioni, oneri e condizioni alle attività economiche private (che non siano proporzionati e giustificati) finisce per sottoporre tutte le 'misure' interne (siano esse legislative o amministrative) ad un rigoroso e peculiare regime.

2. La regolazione: la difficile delimitazione del tema

Il tema della ‘regolazione’ è al centro del dibattito dottrinale, nazionale ed europeo. La complessità della materia si lega all’ampiezza ed eterogeneità delle attività che ad essa si riconducono: dal punto di vista soggettivo si fa riferimento ad una molteplicità di atti di diversa natura e provenienza: legislativi, amministrativi, pubblici e privati, nazionali e sovranazionali ecc. (D’Alberti, 2013; Basilica, Barazzoni, 2014: 31 sgg.)¹. È perciò arduo individuare i caratteri formali e i contenuti della funzione (Ogus, 2001; Bardey, Piolatto, 2007): la stessa giurisprudenza, ad esempio, parla di «diritto formalmente eterogeneo», «misto», collocato «a cavallo tra pubblico e privato» (Irti, 2003: 105 e 112 sgg.)²; in mancanza di adeguati criteri formali, la relativa qualificazione – si afferma – dovrebbe essere legata all’oggetto, piuttosto che alla forma di tali regole (Cassese, 2000: 10 sgg.).

A tali difficoltà, che attengono alla ‘titolarità’ di una funzione peculiare e per certi versi ‘nuova’, si affiancano dubbi su finalità, contenuti e confini della regolazione, o che riguardano addirittura la qualificazione, la natura giuridica e la posizione ‘gerarchica’ degli atti attraverso cui si esprime.

La dottrina discute anche sull’ambito di estensione della nozione e in particolare, se ricomprendere in essa l’attività antitrust (Zito, 2010: 807; Antonioli, 2001; De Lucia, 2002: 109 sgg.), oppure, se riferire la funzione di regolazione ai soli interventi di carattere «suppletivo», in ambiti economici dove il funzionamento del mercato deve essere «corretto» (Cassese, 2000: 13).

Altra dottrina ritiene che tale funzione sia indissolubilmente legata ad una specifica modalità organizzativa e cioè che si possa parlare di «regolazione» solo con riferimento alle autorità amministrative «indipendenti» (Zito, 2010: 808; Ennsner-Jedenastik, 2014).

Discussa è anche l’efficacia degli atti di regolazione che alcune volte sembrano avere contenuto vincolante mentre in altri casi appaiono semplici tentativi di *moral suasion*. È dibattuta anche la possibilità che attraverso la regolazione delle attività economiche possano essere perseguite finalità «estrane» al mercato e a carattere «sociale» (Ogus, 1994: 46 sgg.).

Si precisa poi, a mio avviso correttamente, che tale forma d’intervento si riferisce ad assetti di interessi predeterminati (Torchia, 1992; Chiti, 2004: 681), nel senso che i precetti ‘condizionali’ non presuppongono la potenziale prevalenza dell’interesse pubblico sugli interessi privati ma diventano obbligatori solo per chi liberamente intende svolgere determinate attività. Siamo perciò di fronte a scelte pubbliche non assunte in vista del perseguimento di un interesse pubblico ‘primario’ di livello amministrativo, bensì volte a garantire l’osservanza di un assetto di interessi dato, che già include valori e finalità prestabilite (Guarino, 1999: 41; De Lucia, 2002: 88 sgg.).

Si tratta, aggiungerei, di regole che attengono al regime sostanziale dell'attività e non ad una relazione di subordinazione 'speciale' della pubblica amministrazione rispetto ai destinatari. La regolazione, dunque, interviene su relazioni 'orizzontali' (operatore-utente, professionista-consumatore ecc.), senza alcuna affermazione autoritativo-discrezionale dell'interesse pubblico (Vesperini, 1993: 257; Bruti Liberati, 2014).

Un altro filone dottrinale approfondisce gli aspetti che attengono alla 'corretta' o 'migliore' regolazione³ («better regulation»: De Benedetto, 2014: 6; Rangone, 2013), sul piano delle modalità di svolgimento e della relativa intensità, rispetto ai parametri sovranazionali che definiscono i confini tra Stato e mercato, in generale, e nei diversi settori dell'economia (D'Alberti, 2010: 758 sgg.). L'adeguatezza dei precetti giuridici, si afferma, «non può essere misurata in base ad astratti criteri di giustizia. Bisogna, invece, verificare l'efficienza e l'efficacia che le norme possiedono nel raggiungimento dei loro obiettivi» (Napolitano, Abrescia, 2009: 15). Il riferimento è, soprattutto, alla normativa che condiziona i comportamenti degli operatori e limita la libertà d'impresa (De Lucia, 2002: 109), attraverso misure che, per questo motivo, sono sottoposte ad una valutazione sul grado di incisione e sui costi per i privati destinatari, anche paragonandole con altre forme di intervento pubblico (Carbone, 2007: 7). Gli interventi di regolazione devono dunque superare un *test* sulla 'tollerabilità' dei 'costi' (pubblici e privati) in relazione alle finalità che si intendono perseguire (v. M. De Benedetto, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, in questo volume).

Tra le diverse prospettive di indagine, alcune propongono analisi di tipo 'normativo', valutando cioè i diversi (e migliori) sistemi per raggiungere facilmente ed in modo più efficace gli scopi della regolazione; altre seguono un'impostazione di diritto positivo, che si concentra soprattutto sulle caratteristiche, la natura giuridica, l'efficacia e gli effetti di tali atti (Ogus, 2001).

I dubbi prospettati e la complessità del tema potrebbero scoraggiare qualsiasi approfondimento, semplicemente considerando la 'regolazione' come concetto 'descrittivo', il cui richiamo sarebbe scevro di conseguenze specifiche; se così fosse, rimarrebbe soltanto da analizzare, caso per caso, i caratteri e gli effetti di questi atti cercando di riportarli a modelli e schemi consolidati (Zito, 2010: 806).

Di contro, numerose ragioni inducono ad approfondire la materia, dal momento che la nozione giuridica di regolazione è ormai 'codificata', diffusa nella legislazione, tra operatori, studiosi e in giurisprudenza, in ambito nazionale e sovranazionale.

La dottrina si occupa ampiamente (e autorevolmente) del tema, sia in collegamento al modello organizzativo delle autorità indipendenti (Giani, 2002; Rossi, 2004), sia con riferimento ai servizi di interesse economico generale (Bruti Liberati, Donati, 2010: 3 sgg.). Anche il contenzioso che ruota attorno ai po-

teri di regolazione è acceso, soprattutto per quanto riguarda i dubbi sul fondamento, i contenuti e i limiti di questi poteri⁴.

È soprattutto il mutato assetto istituzionale che spiega l'ampia diffusione del modello normativo della regolazione, con particolare riferimento alla disciplina che incide nelle attività economiche; proprio in questi ambiti l'Unione europea e alcuni organismi europei specializzati (come ad es. l'OECD), hanno assunto un ruolo sempre più incisivo nella definizione delle politiche nazionali. In questo contesto, si affermano precisi vincoli o pressanti inviti affinché l'intervento pubblico segua la forma giuridica della regolazione e rispetti il relativo modello disciplinare⁵.

3. Diversi significati e differenti prospettive

La dottrina si è impegnata nella classificazione della funzione di regolazione: vi è chi nega in radice la categoria, chi la collega esclusivamente all'azione delle Autorità indipendenti e chi considera questa come una nuova forma di produzione normativa. Altri ancora ritengono che essa sia funzione amministrativa non diversa dalle altre (Rambaud, 2012: 930).

I tentativi classificatori contengono elementi apprezzabili e di rilievo; il fatto è che disciplina e prassi sposano forme e soluzioni non facilmente riconducibili alle tradizionali categorie e classificazioni; basti considerare che la regolazione è, quasi sempre, formalmente svolta in ambito 'amministrativo', anche se non di rado si lega e si completa con atti di autonomia privata (Santi Romano, 1953: 16; Romano A., 1987a: 40, 1998: 38 sgg., 2013: 856 e 2011: 241; Romano S., 1957: 3 sgg.). Tale funzione, dunque, è ancora attribuita, in misura significativa, a soggetti amministrativi, anche se la presenza pubblica dovrebbe essere recessiva, qualora gli operatori privati fossero in grado di avviare in autonomia i processi di (auto) regolazione.

Bisogna allora partire da alcuni fondamentali chiarimenti e distinguere tra significato 'economico' e significato 'giuridico' di regolazione. Dal primo punto di vista si fa riferimento soprattutto al contenuto della prescrizione, ovvero alla relativa attitudine ad incidere sulla libertà di iniziativa economica nonché a determinare, direttamente o indirettamente, costi e oneri per i destinatari (imprese o cittadini che siano).

Sul piano giuridico, di conseguenza, si ritiene che tali regole debbano essere assoggettate ad una valutazione (preventiva e successiva) di 'impatto' (Natalini, Sarpi, Vesperini, 2014), sull'assunto che bisogna evitare 'costi' non necessari al raggiungimento delle finalità previste⁶.

Le regole che incidono sulle libertà economiche non possono dunque determinare oneri e costi superiori a quanto necessario per il raggiungimento de-

gli scopi sociali e generali da garantire (Luciani, 1991). Sia attraverso l'analisi *ex ante*, sia attraverso la verifica *ex post*, si valuta perciò se gli obiettivi posti siano adeguati e proporzionati, nonché se siano stati effettivamente realizzati.

Tutto ciò, ancor prima, presuppone il riconoscimento sul piano costituzionale (interno ed europeo) di una posizione di relativa primazia alla libertà di iniziativa economica, al mercato e agli interessi privati in generale: in questi ambiti (e per queste attività) l'intervento pubblico sarebbe ammesso per «ripristinare le condizioni di efficienza allocativa che il mercato da solo non è in grado di assicurare» (Napolitano, Abrescia, 2009: 64 sgg.; Amato, 1992: 7; Pace, 1999: 2965). Proprio per questo, le leggi amministrative hanno imposto che gli atti amministrativi generali, che incidono sulla libertà di impresa (nel senso chiarito) siano sottoposti ad 'analisi di impatto' e a 'verifica di impatto' della regolazione⁷. Anche le leggi, qualora intervengano in materie coperte dal diritto UE, sono soggette a questo genere di valutazioni (De Benedetto, 2016).

4. Regolazione economica e regolazione sociale. Il rapporto autorità/libertà nella funzione regolatoria

Nella discussione in corso appare condivisa l'idea che gli interventi amministrativi di regolazione possano avere sia contenuto «economico», sia contenuto «sociale» (Ogus, 2001), a seconda che i condizionamenti volgano al migliore funzionamento della concorrenza oppure alla cura di interessi sociali ed ultraindividuali (De Lucia, 2002: 115). In entrambi i casi, le misure ammesse debbono essere collegate a ipotesi di *market failure*, ovvero a condizioni in cui il sistema della domanda e dell'offerta, risulta insensibile ad una serie di fattori rilevanti (monopolio, oligopolio, significativo potere di mercato: Bruti Liberati, 2014: 8⁸; asimmetrie informative, tutela del consumatore, esternalità, monopoli naturali, beni meritori ecc.) (Sunstein, 2001: 10; Napolitano, Abrescia, 2009: 69 sgg.; Coase, 1960).

Mentre dunque la regolazione 'economica' mira a riequilibrare l'anomalo 'potere di mercato' e le asimmetrie informative, la regolazione sociale, invece, contiene misure di riequilibrio delle condizioni di esternalità rispetto a beni e interessi pubblici (sicurezza, ambiente, salute ecc.) che non possono essere sacrificati (*rectius*: utilizzati o consumati senza costo) (Perfetti, 2001: 175 sgg.).

Nel primo senso, la regolazione dovrebbe garantire stabilità ed efficienza economica del mercato, mentre, dal punto di vista sociale, essa volge al rispetto di obiettivi 'superindividuali' (e di interesse pubblico) durante lo svolgimento delle attività economiche.

La distinzione è particolarmente importante sotto il profilo della legittimità delle misure regolatorie in base al grado di incisione sulla libertà di iniziati-

va economica e sull'autonomia privata. La regolazione economica presuppone infatti una valutazione sulla cui base individuare il 'peso' delle misure ammesse (Bruti Liberati, 2014: 9 e 10): si tratta di calcolare, con una certa precisione, i vantaggi che l'operatore dominante (o gli oligopolisti) ricavano dalle condizioni di non perfetta efficienza del mercato, rispetto ad altri concorrenti o ai consumatori/utenti. Tutto quanto deriva da questa peculiare condizione (esterna) può trovare una proporzionale compensazione con misure di regolazione⁹.

Va chiarito però che gli obiettivi sia economici sia sociali si realizzano con le medesime modalità, e cioè attraverso la 'correzione' (proporzionata) del mercato, senza contraddire la generale condizione di libertà che lo caratterizza. Ciò vuol dire che gli interventi di regolazione si fondano (giuridicamente ed economicamente) sul legame oggettivo tra (una certa) attività economica e determinati obiettivi o valori sociali coinvolti, attraverso questo particolare sistema di intervento nell'autonomia privata¹⁰.

Significa anche che gli aspetti socialmente rilevanti, sono stabiliti dalla legge (anche implicitamente) e vengono successivamente tradotti con il metodo ed il procedimento della regolazione. Valori, beni e obiettivi considerati già 'inerenti' all'attività economica in questione, potenzialmente 'condivisi' dal settore di riferimento e compatibili con il relativo carattere libero-economico: attraverso la regolazione (pubblica e privata) tali obiettivi vengono tradotti, in modo proporzionato, ovvero nel modo più adatto alle dinamiche economico-private.

Un punto è – a mio avviso – particolarmente importante. Bisogna chiarire come si possano conciliare elementi che appaiono in contraddizione; ovvero, che la regolazione persegua finalità sociali senza essere 'eterodirezione' di tipo pubblicistico-tradizionale.

Una prima risposta è nel senso che la legge, aprendo uno spazio di 'regolazione', affida la traduzione degli obiettivi di carattere sociale, e di protezione del consumatore, alla negoziazione e mediazione del mercato, con la possibilità che l'intervento pubblico-amministrativo sia sussidiario rispetto all'autonomia privata (Ogus, 2001). Fermi restando gli obiettivi indicati dalla legge, le modalità per raggiungerli e realizzarli debbono determinare il minor impatto possibile sulla libertà di iniziativa economica.

Gli elementi fondamentali della funzione di regolazione si comprendono dunque solo considerando tale funzione come forma di intervento in ambiti formalmente e sostanzialmente 'privati', ovvero prioritariamente affidati alla libertà di iniziativa economica; con la conseguenza che, sulla base del quadro costituzionale interno e eurounionista, essi non possono essere diretti verso finalità sociali, oltre quanto consentito dal principio di sussidiarietà e proporzionalità.

Da qui il carattere piuttosto 'mutevole' delle misure: l'intervento amministrativo potrebbe essere progressivamente 'sostituito' dall'autonomia privata,

ovvero da meccanismi ‘spontanei’ di mercato (Romano S., 1964: 98 e 108; Romano A., 1999: 122 sgg. e 1987: 40 sgg.); oppure, viceversa, estendersi, se necessario. Prospettiva che conferma il carattere ‘transitorio’ (per definizione) della regolazione in vista della progressiva ‘apertura’ dei mercati (Rambaud, 2014: 7).

Sulla base di questa ipotesi la ‘regolazione’ costituisce forma di intervento nell’incontro tra le istanze (pubbliche) sociali e ultraindividuali interessate dalle attività economiche di interesse generale, e la libertà di iniziativa economica¹¹. Intervento che non può determinare vincoli e condizionamenti eccessivi rispetto alla finalità da raggiungere e non deve contraddire il carattere libero dell’attività economica regolata.

Le attività economiche, d’altra parte, devono ‘restituire’ i vantaggi economici legati ad asimmetrie informative e a disparità di forza nel mercato, nonché sopportare (internalizzare) i costi connessi al rilievo sociale dell’attività in questione (si pensi ad esempio ai costi della sicurezza nei trasporti aerei o ferroviari).

Assetto che dipende da una mutata condizione ‘costituzionale’ della libertà di iniziativa economica, che, ricevendo protezione diretta anche dal Trattato FUE, si pone, anche rispetto alla normativa interna, in posizione di maggior rilievo (Romano Tassone, 1998).

L’integrazione normativa UE, in altri termini, con particolare riferimento alle libertà economiche, ha in parte sottratto la disciplina dell’iniziativa economica privata alla disponibilità del legislatore nazionale, che non può imporre condizionamenti e limitazioni non proporzionati rispetto alla missione di interesse generale ‘insita’ nell’attività stessa (art. 106, comma 2, T.F.U.E.).

Ciò spiega perché l’intervento mediante regolazione possa essere, per le modalità di adozione e per i contenuti¹², relativamente ‘gradito’ agli operatori economici, in quanto, ferma restando la protezione dei valori sociali e sopraindividuali, le imprese preferiscono un condizionamento ‘proporzionale’, determinato attraverso la pubblica consultazione, e valutato per il relativo impatto (Stigler, 1971; D’Alberti, 2004: 65; Carbone, 2007: 7).

La regolazione, in altri termini, costituisce strumento che, per modalità e contenuti, ‘collabora’ con il mercato di riferimento¹³; si potrebbe dire che essa persegue scopi pubblici, attraverso meccanismi che si fondano sulla competizione (concorrenza) tra le imprese o sull’apertura del mercato (regolazione ‘pro-concorrenziale’) (Napolitano, 2014).

Soltanto in questo senso tale intervento sembra ‘assecondare’ gli interessi degli operatori, in quanto (e nella misura in cui) evita azioni autoritative ed unilaterali, meno gradite in quanto atte a incidere ‘dall’esterno’ sul funzionamento del mercato e volte a limitare più pesantemente l’autonomia (Stigler, 1971: 8; Champaud, 2002: 29).

In questo senso, la regolazione è più vicina agli interessi di riferimento (Tirio, 2012: 16 sgg. e 20); soprattutto perché consente il coinvolgimento degli operatori e degli *stakeholders*, e in quanto misura l'impatto economico di ogni intervento (De Jong, van Witteloostuijn, 2014).

Tale particolare regime, d'altra parte, deve essere attentamente vagliato sotto il profilo della formazione quasi-corporativa che lo caratterizza (D'Alberti, 2007). L'Autorità di regolazione dovrebbe mantenere una 'distanza qualificata' dalla politica e dagli interessi privati del settore, anche attraverso meccanismi astrattamente in grado di evitarne la 'cattura' (D'Alberti, 2007; De Benedetto, Martelli, Rangone, 2011: 137 sgg.). In altri termini, il tavolo della regolazione rischia di determinare una sovrarappresentazione degli interessi di chi partecipa, a danno di posizioni non supportate o non presenti (Romano A. 1987: 185 e 1994: 677; Romano Tassone A., 1998: 969; Sorace, 1988; Satta, 1988; Santi Romano, 1990: 379).

La c.d. 'cattura' del controllore è dunque l'altra faccia della 'legittimazione procedimentale', dal momento che i soggetti ammessi al procedimento regolativo possono più efficacemente curare i propri interessi, eventualmente a danno di esigenze meno rappresentate. Il rischio è che la condivisione delle misure adottate, determini la 'riduzione' delle finalità pubbliche indicate dalla legge (Schmidt-Aßmann, 2013; Bruti Liberati, 2014: 21; Bassi, 2001: 460; Morbidelli, 2007).

Va evidenziato inoltre il ruolo 'istituzionale' che in questo modo assumono le associazioni di consumatori, utenti, e altri enti esponenziali di interessi diffusi ai quali è affidata la rappresentazione di interessi che devono essere presenti nell'attività di regolazione, affinché essa si realizzi in un contesto (quasi) 'confittuale' tipico del mercato.

Tale forma di 'partecipazione' è perciò ben diversa da quella prevista agli artt. 7 sgg. della legge sul procedimento amministrativo, in quanto è 'costitutiva', ovvero, condizione essenziale per la validità assoluta degli atti¹⁴.

In questo senso, si tratta di attingere alla teoria dei *collective desires and aspiration*, con l'auspicio che tale dimensione sintetizzi esigenze e interessi 'superiori' e non coincidenti con le aspirazioni individuali. Il mercato, se adeguatamente 'rappresentato' tende a farsi carico (per quanto possibile) di desideri ed aspirazioni collettive con la conseguenza che l'autonomia collettiva istituzionalizzata può in questo modo contribuire alle finalità previste dalla legge.

La particolare importanza e il significativo ruolo istituzionale che la legislazione eurolionista e nazionale riserva alle associazioni di consumatori e utenti si lega proprio a questa idea ed esprime la possibilità di recuperare, in forma autonomo-collettiva, valori e finalità care all'ordinamento (Sunstein, 2001: 13).

Va detto, d'altra parte, che – pur con le difficoltà e i rischi evidenziati – tale modalità mira a realizzare un compromesso tra gli interessi e i valori ultraindi-

viduali, che rilevano nelle attività economiche, e le esigenze e le aspettative degli operatori e degli *stakeholders*. L'ordinamento mira in questo modo a raggiungere risultati utili, in tempi brevi, e con un tasso piuttosto elevato di effettività, soprattutto per la 'quasi-condivisione' del nuovo assetto da parte di chi ha contribuito a determinarlo¹⁵.

Si impongono però alcune precisazioni. Anzitutto va chiarito che rispetto al 'prodotto' regolazione (ad es. gli atti di regolazione dell'Autorità per l'energia) vi sono sempre interessi individuali incisi negativamente, che potranno essere tutelati in sede giurisdizionale. Ciò significa che la 'quasi-condivisione' si traduce in un modello di scelta amministrativa che non realizza affatto un accordo o un contratto, ma che semplicemente considera con particolare attenzione le esigenze e le soluzioni proposte dagli operatori e dai consumatori. Altro è dunque descrivere il modello procedimentale e decisionale della regolazione, evidenziando il ruolo assegnato agli enti esponenziali di interessi diffusi e agli altri *stakeholders*, altro è ritenere, erroneamente, che tali atti siano pienamente ed effettivamente condivisi da tutti coloro che prendono parte al procedimento.

Bisogna altresì precisare che si può parlare di regolazione solo con riferimento ad atti generali che impongono misure di comportamento agli operatori del settore; l'estensione della nozione ai poteri sanzionatori confonde a mio avviso gli aspetti più significativi e caratterizzanti della funzione. I procedimenti sanzionatori (ad es. quelli *antitrust*) – d'altra parte – hanno tutt'altra dinamica e differenti garanzie di contraddittorio, che si spiegano in una prospettiva diversa¹⁶.

5. *Regolazione e procedimento tra forma e sostanza*

Centrale è dunque il tema del 'procedimento' di adozione degli atti di regolazione, generalmente incentrato sul 'metodo di consultazione' e sulla c.d. 'analisi di impatto' (AIR). Si consente la partecipazione a tutti gli operatori e stakeholder interessati alla formazione dell'atto (D'Alberti, 2000: 1; Chiti, 2004: 679; Screpanti, 2007: 377; Clarich, 1999; Cassese, 1999, e D'Alberti, 1999, tutti in Cassese S. *et. al.*, 1999).

In questa prospettiva la regolazione è non soltanto 'prodotto', ma anche 'processo' (Chiti, 2004: 679), i cui tratti peculiari e distintivi segnano la differenza con il generale svolgimento della funzione amministrativa.

Anche la giurisprudenza coglie tali aspetti di complessità anche se segue un inquadramento che non appare sempre pienamente condivisibile. Si richiama generalmente la legge sul procedimento amministrativo e la partecipazione (l. 7.8.1990 n. 241). Sebbene il riferimento – come già notato – non appare congruo, resta il fatto che in questo modo si rimarca correttamente il rilievo della

consultazione, in collegamento al *deficit* di legalità sostanziale che spesso caratterizza la funzione regolatoria¹⁷.

In base al principio di sussidiarietà, la regolazione passa per la considerazione delle istanze e delle dinamiche 'sostituite'. Ne deriva che tali le competenze (amministrative) sono esercitate entro condizioni procedurali e sostanziali che 'fingono' ('simulano' o 'affrontano') i conflitti del mercato di riferimento.

Invero, pluralismo, autonomia privata e mercato, impongono un'adeguata articolazione delle fonti del diritto, secondo un modello che caratterizza sempre di più il diritto pubblico 'non statale', nel quale anche i nuovi compiti delle autorità indipendenti trovano migliore inquadramento (Galgano, 2005: 684; Santi Romano, 2011: 171; Merusi, 2006). Sarebbe difficile altrimenti comprendere la normativa in questione e la prassi che segue questa impostazione¹⁸.

L'intervento amministrativo funge da succedaneo della regolazione privata e deve perciò – il più possibile – rispettare le dinamiche del settore di riferimento. Da qui l'esigenza di coinvolgere gli attori del mercato: operatori, associazioni dei consumatori ecc., secondo procedure e metodi che tendono a ricreare le condizioni (conflitto di interessi, negoziazione e accordo) normalmente alla base delle relazioni di mercato.

Si comprende allora come il procedimento di adozione degli atti di regolazione – che vede il coinvolgimento e la consultazione preventiva degli operatori, degli enti esponenziali, dei portatori di interessi collettivi, diffusi, pubblici e privati (D'Alberti, 2000: 1 sgg.) – costituisca elemento 'ontologico' e fondante, che determina risultati 'condivisi', e la cui legittimazione si rivela, in una certa misura, quasi-consensuale e quasi-corporativa¹⁹ (Screpanti, 2007: 377; Clarich, 1999; Cassese, 1999; D'Alberti, 1999): soprattutto nel senso che si tratta di soluzioni in una certa misura 'concordate' tra coloro che, nelle diverse posizioni – talvolta antagoniste²⁰ –, intervengono, consapevoli delle potenzialità e problematiche del settore di riferimento.

6. Conclusioni. Lo 'spazio' istituzionale e costituzionale della funzione regolatoria

Nell'articolazione delle modalità di intervento pubblico nell'economia sembra dunque esservi un significativo spazio per la funzione di regolazione pubblica, come intervento in sussidiarietà, sostitutivo della mancata spontanea considerazione dei fallimenti del mercato in relazione ad esigenze di giustizia comunitaria e sociale (disparità di forza contrattuale, asimmetrie informative, situazioni di monopolio o oligopolio, coinvolgimento di diritti fondamentali ecc.) (Ogus, 1994: 46 sgg.).

Sul piano delle fonti, questo ambito di intervento si colloca tra la legge e i provvedimenti di vigilanza e sanzione; spazio che si determina per la riserva di

legge in tema di ordinamento civile, nonché per i limiti costituzionali (interni ed europei) alla possibilità di incidere sull'iniziativa economica; gli atti di regolazione pertengono infatti ad ambiti di libertà privata e riguardano generalmente diritti ed obblighi legati a rapporti negoziali o contrattuali privati.

In virtù di tali condizionamenti e confini, gli atti di regolazione non possono incidere sull'autonomia privata o sulla libertà contrattuale, nel senso che non potrebbero imporre direttamente o indirettamente, nuovi obblighi, o ulteriori oneri rispetto a quanto stabilito dalla legge, a meno che tali risultati non siano 'autonomamente' e liberamente assunti.

Il legislatore, dunque, implicitamente ammettendo i limiti di intervento, e sul presupposto della riserva di legge che impedisce interventi amministrativi in ambiti di autonomia privata²¹, prova a creare un 'luogo delle procedure' con caratteristiche che riproducono esattamente il conflitto di interessi che caratterizza il mercato e le attività economiche (Galgano, 2005: 677).

Questa sembra essere la più proficua prospettiva di analisi e di studio dei contenuti, dei limiti e della natura giuridica degli atti di regolazione di livello amministrativo.

Note

- ¹ L'OCSE (1997) propone una nozione molto ampia di regolazione: «the diverse set of instruments by which governments set requirements on enterprises and citizens [...] regulation include laws, formal and informal orders, and subordinate rules issued by all levels of government, and rules issued by non-governmental or self-regulatory bodies to whom governments have delegated regulatory powers».
- ² TAR Lombardia, Milano, 14.3.2013, n. 683.
- ³ Cfr. la Comunicazione della Commissione europea 19 maggio 2015, COM (2015) 215, *Better regulation for better results – An EU agenda*, che fa parte del nuovo *Better Regulation Package* (2015).
- ⁴ Cfr., ad esempio, Cons. St., sez. III, sent. 12.4.2013 n. 2009; TAR Lazio, Roma, 13.12.2011, n. 9710. Molto importante è C. Giust., 20.04.2014, C-265/08, *Federutility e altri contro Autorità per l'energia elettrica e il gas*, in *Foro amm.*, CdS: 786, con nota di C. Feliziani.
- ⁵ Tale nuova prospettiva istituzionale è stata ribadita, da ultimo, dalla Commissione Europea nel Comunicazione *Better Regulation Package*. Cfr. in particolare, la Comunicazione 19 maggio 2015, COM (2015) 215, *Better regulation for better results – An EU agenda*, 5 e 6.
- ⁶ Tale nuova prospettiva istituzionale è supportata soprattutto in ambito UE. Da ultimo, la Commissione europea ha approvato il *Better Regulation Package* che consolida e perfeziona il sistema di *decision making* comunitario. Nella Comunicazione 19 maggio 2015, COM (2015) 215, *Better regulation for better results – An EU agenda*, 5 e 6, si afferma: «in every case, we need to explain better why we are acting, what results we hope to achieve, and what the impacts might be [...] we want to know how EU law affects people and businesses, and how we can make it work better».
- ⁷ Le leggi amministrative ed i regolamenti delle Autorità indipendenti hanno previsto e regolato la c.d. 'analisi di impatto della regolamentazione (AIR)'. La previsione generale si rinviene nell'art. 12 della legge 229/2003, che impone alle autorità amministrative indipendenti che svolgono compiti di vigilanza, regolazione e controllo, di dotarsi di «forme o metodi di analisi dell'impatto della regolamentazione» soprattutto per l'adozione di atti amministrativi generali, di programmazione, pianificazione e di regolazione. Il quarto comma dello stesso art. 12, esclude tuttavia dall'obbligo di AIR le segnalazioni e le altre attività consultive e i procedimenti dell'AGCM. La previsione in qualche modo sembra confermare che le attività di vigilanza e sanzione, in linea di principio non assumono contenuto regolatorio e sono perciò sottratte alle relative incombenze.
- ⁸ Cfr. ad esempio i poteri previsti dagli artt. 49 e 50 del codice delle comunicazioni elettroniche.
- ⁹ Interessante sul punto, Cons. St., sez. VI, sent. 27.10.2003, n. 6628.
- ¹⁰ Cfr. OECD, *Regulation is a key tool for achieving the social, economic and environmental policy objectives of governments*, in OECD, 2014.
- ¹¹ Cfr. OECD, 2014: 10: «regulators [...] work in a complex, high-risk environment at the interface between the public and private sectors».
- ¹² Sul procedimento di adozione degli atti di regolazione, si tornerà avanti.
- ¹³ Cfr. OECD, 2014: 9: «the achievement of many key social, economic and environmental goals is the task of regulatory agencies. These regulators play a crucial role in ensuring that markets function properly and that the public interest is safeguarded».
- ¹⁴ Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, Cons. Stato, VI, 20 luglio 2009, n. 4558 e 4 agosto 2009, n. 4908, entrambe in materia di atti dell'AGCOM; TAR Lombardia, 4 aprile 2002, n. 1331.
- ¹⁵ Cfr. OECD, 2014: 4.
- ¹⁶ Non è possibile perciò assimilare le due attività anche se il procedimento di valutazione degli impegni introduce un momento regolatorio che come tale va considerato e disciplinato.

- ¹⁷ Cons. St., sent. 17.06.2014, n. 3051: «La dequotazione del principio di legalità sostanziale – giustificata dalla valorizzazione degli scopi pubblici da perseguire in particolari settori e concretizzata nell’attribuzione alle Autorità di settore di ampi poteri regolamentari – impone il rinvolgimento del principio di legalità procedimentale. Tale principio si sostanzia, tra l’altro, nella previsione di rafforzate forme di partecipazione degli operatori del settore al procedimento di formazione degli atti regolamentari».
- ¹⁸ Si può richiamare, ad esempio, Autorità per l’energia elettrica e il Gas, *Presentazione del Presidente Guido Bortoni della Relazione annuale sullo stato dei servizi e sull’attività svolta*, <http://www.autorita.energia.it/it/relaz_ann/15/15.htm> (12/2016): 28.
- ¹⁹ Il problema della legittimazione dei regolatori è sempre presente nelle riflessioni sul tema; cfr. OECD, 2014: 4: «it is clear that appropriate governance arrangements for regulators support improvements in regulatory practice over time, and strengthen the legitimacy of regulation».
- ²⁰ Cfr. OECD, 2014: 9: «Regulatory agencies are often at the point of interface between regulatory regimes and citizens and businesses».
- ²¹ In questo senso, TAR Lombardia, Milano, 14 marzo 2013, n. 683; Cons. St., sent. 27.04.2011, n. 2463.

Riferimenti bibliografici

- Amato G. 1992, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*: 7 sgg.
- Antonioli M. 2001, *Regolazione e mercato*, Giuffrè, Milano.
- Bardey D., Piolatto A. 2007, *La teoria della regolazione e le sue prospettive*, in *Enc. degli idrocarburi*, vol. IV, *Economia, politica, diritto degli idrocarburi*, Treccani, Roma: par. 6.2.1.
- Basilica F., Barazzoni F. 2014, *Diritto amministrativo e politiche di semplificazione*, il Mulino, Bologna.
- Bassi N. 2001, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Giuffrè, Milano.
- Bruti Liberati E. 2014, *Regolazione e contratto nelle comunicazioni elettroniche*, in *Riv. della regolaz. dei mercati*, 2, <<http://www.rivistadellaregolazioneideimercati.it/index.php/saggi-fascicolo-2/regolazione-e-contratto-nelle-comunicazioni-elettroniche>> (12/2016).
- Bruti Liberati E., Donati F. (a cura di) 2010, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino.
- Carabba M. 1987, *Programmazione economica*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Giuffrè, Milano: 1114.
- 1997, *Programmazione*, in *D. disc. pubbl.*, vol. XII, Utet, Torino: par. 1.
- Carbone L. 2007, *Analisi di impatto della regolazione*, in M. Clarich, G. Fonderico (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Il Sole 24 Ore, Milano.
- Cassese S. 1991, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e «deregulation»*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*: 378 sgg.
- 1999, *Negoziazione e trasparenza nei procedimenti davanti alle Autorità indipendenti*, in Id. et al., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, *Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino.
- 2000, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesaurò, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, il Mulino, Bologna.
- Champaud C. 2002, *Régulation et droit économique*, in *Revue internationale de droit économique*, 1, t. XVI, 1: 29 sgg.
- Chiti E. 2004, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 679 sgg.
- Clarich M. 1999, *I procedimenti di regolazione*, in S. Cassese et al., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, *Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino.
- Coase R.H. 1960, *The problem of social cost*, in *Law and economics*, vol. III.
- D'Alberti M. 1999, *Procedimenti generali e singolari: problemi attuali e miglioramenti possibili*, in S. Cassese et al., *Il procedimento davanti alle Autorità indipendenti*, *Quaderni del Consiglio di Stato*, Giappichelli, Torino.
- 2000, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 1 sgg.

- 2004, *I servizi pubblici in ambiente europeo dal primo novecento al diritto globale del commercio*, in A. Massera (a cura di), *I servizi pubblici in ambiente europeo*, Pisa University Press, Pisa: 65 sgg.
- 2007, *Diritto pubblico dei mercati e analisi economica*, in *Analisi economica e diritto amministrativo*, Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo – AIPDA, Giuffrè, Milano: par. 2.1.
- 2010, *Diritto della concorrenza e regolazione in una prospettiva ultranazionale*, in C. Rabitti Bedogni, P. Barucci (a cura di), *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, vol. II, Giappichelli, Torino: 758 sgg.
- 2013, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*: 608 sgg.
- De Benedetto M. 2014, *Maintenance of rules*, CREI Working Paper, 2: 6 sgg.
- De Benedetto M., Martelli M., Rangone N. 2011, *La qualità delle regole*, il Mulino, Bologna.
- De Jong G., van Witteloostuijn 2014, *Regulatory red tape and private firm performance*, in *Public Administration*: 1 sgg.
- De Lucia L. 2002, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino.
- Ennsner-Jedenastik L. 2014, *Do parties matter in delegation? Partisan preferences and the creation of regulatory agencies in Europe*, in *Regulation & Governance*: 1 sgg.
- Galgano F. 2005, *Lex mercatoria, autonomia privata e disciplina del mercato*, in M. Paradiso (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata*, Giuffrè, Milano: 684 sgg.
- Giani L. 2002, *Attività amministrativa e regolazione del sistema*, Giappichelli, Torino.
- Giannini M.S. 1983, *Pianificazione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, Milano: 630 sgg.
- Guarino G. 1999, *Le Autorità Garanti nel sistema giuridico*, in *Autorità indipendenti e principi costituzionali, Atti del Convegno di Sorrento*, 30 maggio 1997, Cedam, Padova.
- Irti N. 2003, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari.
- Luciani M. 1991, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. V, Utet, Torino: par. 6.
- Merusi F. 2006, *Profili giuridici dell'equipollenza monetaria dei sistemi di pagamento*, in *Banca borsa tit. cred.*: par. 2.
- 2010, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino.
- Morbidelli G. 2007, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*: par. 5.
- Napolitano G. 2014, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. amm.*, 4: 695 sgg.
- Napolitano G., Abrescia M. 2009, *Analisi economica del diritto*, il Mulino, Bologna.

- Natalini A., Sarpi F., Vesperini G. (a cura di), 2014, *L'analisi di impatto e gli altri strumenti per la qualità della regolazione*, Ass. Osservatorio AIR, Roma.
- OECD 1997, *The OECD Report on Regulatory Reform*, OECD, Paris.
- 2014, *The Governance of Regulators, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy*, 13, <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264209015-en>> (12/2016).
- Ogus A.I. 1994, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford, UK.
- 2001 *Introduction*, in Id. (a cura di), *Regulation, economics, and the law*, Cheltenham, Northampton: XII.
- Pace A. 1999, *La Corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?*, in *Giur. cost.*: 2965 sgg.
- Perfetti L.R. 2001, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cedam, Padova.
- Predieri A. 1963, *Pianificazione e Costituzione*, Comunità, Milano.
- Rambaud R. 2012, *L'institution juridique de la régulation. Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique*, L'Harmattan, Paris.
- 2014, in *Journée des docteurs en droit public économique – Seconde édition, Revue générale du droit, Colloques*, 7.
- Rangone N. 2012, *Servizi Pubblici*, in Treccani.it, <[http://www.treccani.it/enciclopedia/servizi-pubblici_\(Diritto-on-line\)/>](http://www.treccani.it/enciclopedia/servizi-pubblici_(Diritto-on-line)/>) (12/2016).
- 2013, *The quality of regulation. The myth and reality of good regulation tools*, in M. De Benedetto, “Good regulation”: *Organizational and Procedural Tools*, in *Italian Journal of Public Law*, 2: 235 sgg.
- Romano A. 1987a, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *D. disc. pubbl.*, vol. II, Utet, Torino: 40 sgg.
- 1987b, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Atti del XXX Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano.
- 1994, *I caratteri originari della giurisdizione amministrativa e la loro evoluzione*, in *Dir. proc. amm.*: 677 sgg.
- 1998, *Introduzione*, in L. Mazzarolli et al. (a cura di), *Diritto amministrativo* (II ed.), Monduzzi, Bologna.
- 1999, *Amministrazione, principio di legalità e ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*: 122 sgg.
- 2011, *L'ordinamento giuridico di Santi Romano, il diritto dei privati e il diritto dell'amministrazione*, in *Dir. amm.*: 241 sgg.
- 2013, *Nota bio-bibliografica*, in *L'ultimo Santi Romano*, Giuffrè, Milano.
- Romano S. 1957, *Autonomia privata*, Giuffrè, Milano.
- 1964, *La distinzione tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Conferenze dell'Istituto di applicazione forense*, Bologna.
- 1998, *Situazioni giuridiche soggettive*, in *Enc. dir.*, vol. II, agg., Giuffrè, Milano: 968 sgg.
- Rossi P. 2004, *Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino.

- Sacco R. 2013, *Programmazione economica*, in *D. disc. priv., sez. civ.*, vol. VIII agg., Utet, Torino.
- Santi Romano 1953, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano.
- 1990, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, ora in *Scritti minori*, Giuffrè, Milano.
- Satta F. 1988, *Atto amministrativo (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur. it.*, vol. IV, Treccani, Roma.
- Schmidt-Aßmann 2013, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tübingen, 156.
- (in stampa), *Verwaltungsrechtliche Dogmatik aus der Sicht der deutschen Reformdiskussion („Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“)*, in corso di pubblicazione, su *Dir. amm.*, Giuffrè, Milano.
- Screpanti S. 2007, *La partecipazione ai procedimenti regolatori delle Autorità indipendenti*, in *Giorn. dir. amm.*: 377 sgg.
- Sorace D. 1988, *Promemoria per una nuova voce «atto amministrativo»*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Giuffrè, Milano: 756 sgg.
- Stigler 1971, *The Theory of Economic Regulation*, in *The Bell Journal of Economics and Management Science*, II (1): 4 sgg.
- Stipo M. 1991, *Programmazione statale e programmazione regionale*, in *Enc. giur.*, vol. XXIV, Treccani, Roma: 1 e 5.
- Sunstein C.R. 2001, *The functions of Regulatory Statutes*, in A.I. Ogus (a cura di), *Regulation, Economics and the law*, Cheltenham, Northampton: 4 sgg.
- Tirio F. 2012, *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Giappichelli, Torino.
- Torchia L. 1992, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, Padova.
- Vesperini G. 1993, *La Consob e l'informazione nel mercato mobiliare*, Cedam, Padova.
- Zito A. 2010, *Mercati (Regolazione dei)*, in *Enc. Dir., Annali*, III, Giuffrè, Milano.

LA QUALITÀ DELLA FUNZIONE REGOLATORIA: IERI, OGGI E DOMANI

Maria De Benedetto

SOMMARIO – 1. Il problema corrente: la qualità della regolazione. 2. L'antecedente: la buona legislazione. 3. Economia regolata e inflazione normativa. 4. La crisi di fiducia nella regolazione e la prospettiva della manutenzione delle regole.

1. Il problema corrente: la qualità della regolazione

A partire dagli anni '90 del secolo scorso, la qualità della regolazione è stata sempre più spesso considerata elemento essenziale per la crescita economica (D'Alberti, 2001: 171; Dar, Amirkhalkhali, 2011). L'attuale contesto di stringente crisi ha inoltre rafforzato il nesso tra qualità della regolazione e competitività, così che le politiche volte al miglioramento della regolazione sono diventate centrali tanto a livello di Unione europea¹ che per i governi di molti dei paesi ad economia di mercato (De Benedetto, Martelli, Rangone, 2011: 11-12; Wiener, 2006).

Un ruolo rilevante nella promozione della buona regolazione è stato nel tempo svolto dall'Ocse che ha veicolato l'idea di una *better regulation* in cui l'adozione di regolazioni è informata al rispetto di *standard* qualitativi, tesa ad evitare l'imposizione di oneri amministrativi non necessari, volta a conseguire gli obiettivi dell'intervento². Nel perseguire i programmi di *Regulatory Reform* l'Ocse ha richiesto ai Governi attività specifiche con l'obiettivo, da un lato, di mantenere lo *stock* di regolazione³ (semplificandolo e ricapitolandolo alla luce del principio di concorrenza) e, al contempo, di assicurare la qualità del *flow* regolatorio (Radaelli, Fritsch, 2012) (attivando adeguati meccanismi di valutazione preventiva e successiva degli impatti della regolazione in corso di adozione).

Le note politiche di *better regulation* sono state poi, più di recente, ricapitolate alla luce degli specifici orientamenti delle istituzioni europee e, nel contesto europeo, descritte come *smart regulation* (Baldwin, 2005: 485)⁴ e come regolazione *fit for purpose*⁵.

La nozione di regolazione è stata, peraltro, oggetto di una faticosa perimetrazione da parte della dottrina italiana (per una ricostruzione v. P. Lazzara, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico*, in questo volume; Zito, 2010: 805; De Lucia, 2002) che ha visto affermarsi ora una nozione più ampia

(D'Alberti, 2013: 608; Sorace, 2007: 75) (talvolta riguardante la stessa materia *antitrust*), ora una nozione più puntuale, volta a ricomprendere i soli e specifici interventi di quelle autorità indipendenti intitolate di funzioni regolatorie (Cassese, 2001: 12 e 2002: 266), di fatto la c.d. regolazione tramite autorità di regolazione (La Spina, Majone, 2000: 31).

Pur distinguendo tra regolazione settoriale e *antitrust* (D'Alberti, 2008: 45), ai fini della presente riflessione è opportuno riferirsi alla nozione utilizzata dalla letteratura internazionale sul tema (Baldwin, Cave, Lodge, 2012; Coglianese, Kagan, 2007) che presenta un taglio certamente generale (Rangone, 2006: 5057)⁶ e che consente di dar conto dell'influenza della funzione di regolazione sulle trasformazioni istituzionali intervenute (per cui si è parlato di uno 'Stato regolatore', La Spina, Majone, 2000), sul modo di produzione del diritto (e sulla funzione legislativa), sul ruolo dell'amministrazione e sul rapporto di questa con la politica.

In questa prospettiva, occorre, in primo luogo, rammentare che il concetto di regolazione nasce in ambito economico, *rectius* di politica economica (Ogus, 2004a), e da qui contribuisce a strutturare la corrispondente nozione giuridica.

Può ben dirsi che la regolazione è diritto costruito per conseguire gli obiettivi dichiarati, per risolvere effettivamente problemi (Breyer, Stewart, 1992: 5-6) e per evitare (il più possibile) i propri fallimenti (Baldwin, Cave, Lodge, 2012: 68)⁷. I fallimenti del mercato (che avevano richiesto interventi regolatori correttivi) non sono i soli, giacché è oggi ben chiaro che anche la regolazione può fallire (Napolitano, Abrescia, 2009: 81): la legittimazione delle regole si basa anche sul loro processo genetico (da cui si ricava il loro orientamento alla effettività) e sulla loro manutenzione (attraverso cui l'effettività viene custodita).

Pertanto, la regolazione richiede che si strutturi un nesso robusto tra le regole che la costituiscono (le previsioni specifiche che incidono sull'attività, sulla produzione o sull'organizzazione dei destinatari, De Benedetto, Martelli, Rangone, 2011: 13) e le conseguenze che queste si dispongono a produrre (Coglianese, Kagan, 2007: XI).

Istituzioni e dottrina hanno tentato di ricostruire principi di buona regolazione richiedendo che questa sia adottata secondo procedure trasparenti, sia coerente, residuale, proporzionata nelle misure adottate⁸.

La buona regolazione richiede inoltre adeguate garanzie procedurali, competenza, efficienza (Baldwin, Cave, Lodge, 2012: 26-27).

In sintesi, per una buona regolazione occorrono sia *qualità formale* [«trasparenza delle regole tale da consentirne l'accessibilità logica (chiarezza, coerenza e comprensibilità) e fisica (reperibilità)»: De Benedetto, Martelli, Rangone, 2011: 206] che *qualità sostanziale* [«residualità delle regole (riduzione del numero e dei costi), individuazione delle regole più adeguate e meno invasive in risposta a specifiche esigenze di regolazione» De Benedetto, Martelli, Rangone, 2011:

206]. Un regime regolatorio viene considerato di buona qualità (Baldwin, Cave, Lodge, 2012: 38) se ha considerato adeguatamente la questione della sua efficacia, dunque ponendosi nel corso dell'istruttoria dal punto di vista dell'attuazione (*enforcement*) e dell'adesione da parte dei destinatari (*compliance*) (Hawkins, Thomas, 1984: 7; Voermans, 2013)⁹.

Rimane da chiarire il rapporto che intercorre tra legislazione e regolazione: l'uso fungibile dei due termini, soprattutto nel contesto del dibattito sulla qualità (qualità della legislazione, qualità della regolazione), ha generato una sorta di incaglio, in cui le nozioni sono giustapposte ma la loro relazione risulta opaca.

Un contributo dirimente a questo riguardo, viene dalle politiche pubbliche. La regolazione è, infatti, uno tra gli strumenti (di tipo coercitivo) per perseguire politiche pubbliche (Howlett, Ramesh, 2003: 95); la legislazione è una delle forme che la regolazione può assumere (Howlett, Ramesh, 2003: 95). Esistono, pertanto, legislazioni costituite da specifiche disposizioni con contenuto schiettamente regolatorio (le regole, per l'appunto) (De Benedetto, Martelli, Rangone, 2011: 13; Lupo, 2013: 421) accanto a disposizioni legislative in cui si affermano principi e che, non avendo, la caratteristica della portata applicativa immediata, non sono regolazione in senso stretto.

Se (e quando) la legislazione presenta un contenuto regolatorio (Coglianese, 2012a) questa deve essere considerata in modo diverso che nel passato: non solo quale enunciato normativo su cui conseguire consenso politico o sequenza di disposizioni di cui occorre assicurare la buona qualità formale. La legislazione è, infatti, come si è visto, anche raccolta di regole volte a conseguire obiettivi, a risolvere problemi e a evitare (il più possibile) fallimenti.

Pertanto, la ciclicità che caratterizza le politiche pubbliche e la regolazione (e che si traduce nella loro programmazione, formulazione, decisione, attuazione e valutazione, Howlett, Ramesh, 2003: 15; De Benedetto, Martelli, Rangone, 2011: 47) caratterizza – a motivo del suo contenuto – anche la legislazione che richiede *ex ante* l'uso di tecniche di valutazione prognostica degli impatti così come, *ex post*, di essere monitorata e valutata nella sua attuazione.

Guardare alla portata regolatoria della legislazione, dunque al suo contenuto e ai suoi effetti (Denozza, 2002), consente peraltro di svolgere alcune considerazioni comuni – in chiave storica, di attualità e di prospettiva – per tutti i tipi di regolatore, siano questi Parlamenti, Governi, autorità indipendenti o regolatori che operano ad altri livelli di Governo (Regioni o istituzioni sovranazionali).

2. *L'antecedente: la buona legislazione*

Il problema di come conseguire una buona legislazione non è certo nuovo né costituisce scoperta recente di qualche organizzazione internazionale. Per il fat-

to che la legislazione esprime sovente un contenuto che oggi definiamo regolatorio, può ben dirsi che il dibattito intorno alla buona legislazione rappresenta l'antecedente di quello contemporaneo sulla qualità della regolazione.

Nella storia degli ordinamenti giuridici è emerso primariamente l'obiettivo di assicurare la qualità formale delle regole e, nell'ambito della qualità formale, l'accessibilità fisica delle disposizioni normative: le raccolte di *leges* romane erano ordinate proprio a contrastare la difficoltà di reperire la legislazione (Schulz, 1975: 8). Tuttora questa esigenza muove negli ordinamenti attività volte a rendere disponibile la legislazione vigente attraverso la costruzione (e l'aggiornamento) di banche dati: tra gli esempi più noti, lo *United States Code*, che raccoglie dal 1926 la legislazione federale¹⁰.

L'esigenza ulteriore di aggiornare, rivedere, correggere e armonizzare la normativa viene affrontato nel Medioevo dei Comuni (Ascheri, 1999: 287) attraverso l'attività di *statutarii*, una sorta di funzionari *ad hoc*, che avrebbero dovuto svolgere la 'delicata mansione' di contrastare la «crescita alluvionale» delle deliberazioni statutarie (Calasso, 1954: 424), anche attraverso il ricorso a rudimentali consultazioni (Calasso, 1954: 425).

Con le codificazioni napoleoniche la legislazione diviene oggetto di una vera e propria ideologia (Steiner, 2004: 209; sul punto è rilevante la polemica sulla codificazione di Thibaut A.F.J. e Savigny F.C. 1814, riportata nel volume curato da Marini, 1992): la moderna idea di codice ambisce, infatti, come mai prima alla completezza, sistematicità e durata della legislazione, grazie all'attività di un legislatore razionale e all'azione ancillare dell'interpretazione di un giudice *bouche de la loi* (Montesquieu, 1750: 317).

Nel percorso che era stato tracciato dall'*Esprit des lois* di Montesquieu, a margine di questa fase storica campeggiano le opere di due autori.

Da un lato, Gaetano Filangieri, che con la *Scienza della legislazione* (Filangieri, 1984) elabora tra il 1780 e il 1785 una vera e propria «filosofia politica» (Filangieri, 1984: 1), una riflessione teorica e sistematica su come conseguire la 'bontà' della legislazione dal punto di vista del contenuto, avviando la «scienza della legislazione degli illuministi» (Cerri, 1987: 249).

Dall'altro, Jeremy Bentham che – tra il 1789 e i primi tre decenni dell'Ottocento – con le altre opere in materia di legislazione (Bentham, 1998) e con la *Nomography* (Bentham, 1962) – prospetta «un regime certo nelle regole e procedure decisionali nonché penetrante sotto il punto di vista della garanzia della pubblicità» (Scarlati, 2010: 156) e un «lavoro di compilazione di qualità» (Scarlati, 2010: 159). Con i *Principles of Moral and Legislation* viene introdotto il principio della *greatest happiness of the greatest number* come criterio guida della legislazione, dunque l'idea che sia necessaria una valutazione di tipo economico nella decisione legislativa (Bentham, 1998: cap. I, 1-7: 89 sgg. e cap. IV,

1-8: 122 sgg.) così da rendere possibile «un conto esatto della generale tendenza di un atto che colpisce gli interessi di una comunità»: Bentham, 1998: 123).

In questo contesto teorico – permeato di «legolatria» (Grossi, 2007: 134; Scarpelli, 1995: 5) anche se non ignaro «[dell']insufficienza e [dei] vizi della tecnica della legislazione» (Vassalli, 1950: 492) – si inserisce l'ambizioso progetto di unificazione legislativa e amministrativa del Regno d'Italia, ispirato ad una logica uniformante, nell'idea che «calando leggi moderne in una realtà economica poco sviluppata, si possa produrre, per un effetto meccanico, un maggiore sviluppo economico» (Cassese, 2007: 9).

Se al riguardo dell'unificazione legislativa è stato osservato «[...] il recupero pressoché totale della tecnica normativa e degli *itinerari* procedurali indicati dalla Francia come esemplari sin dall'inizio del secolo» (Ghisalberti, 1992: 516), per l'unificazione amministrativa emerge l'*impasse* «in cui si è trovata la classe dirigente liberal-moderata, a causa del mancato approfondimento, sul piano anche dei problemi tecnico-amministrativi, della prospettiva liberale in rapporto alla realtà del Paese» (Ruffilli, 1969: 265).

Nondimeno, il dibattito parlamentare che nel 1865 si svolgeva sulle più disparate materie¹¹ mostra una certa attenzione del legislatore unitario alle informazioni quantitative nell'istruttoria della decisione legislativa¹² che riportava non di rado tabelle, 'specchi dimostrativi', schede, allegati.

Era, d'altra parte, già qualche tempo che si affermava la rilevanza della statistica quale strumento dell'attività di governo (Rosmini, 1985: 185), che si andava sviluppando un apparato amministrativo *ad hoc* (D'Autilia, 1997: 274), che si pubblicavano studi dedicati al tema (Melchiorre Gioja, 1829).

Inoltre, in quella fase, era già chiaro che un sostrato uniforme di legislazione del commercio fosse funzionale allo sviluppo dell'economia nazionale¹³, che presentasse un impatto economico, che dovesse contenere gli oneri destinati a gravare sui cittadini¹⁴.

Dunque, il tema della qualità sostanziale delle legislazioni, anche in campo economico, da procurarsi attraverso un'istruttoria adeguata, era in qualche modo abbozzato anche se nella pratica cedevole.

In seguito, la legislazione «durante la prima guerra mondiale, sancì in misura sempre più larga l'intervento dello Stato nella disciplina dell'economia, con prevalente contenuto di diritto pubblico» (Casetta, 1957: 379). Questa ascesa della legislazione economica (Ascarelli, 1958: 281) è stata spiegata come reazione ai fallimenti del mercato, anzi si è ritenuto che «gli stessi poteri amministrativi, o almeno una parte di essi, possono essere interpretati come altrettante risposte a *market failures*» (Corso, 1999: 7).

Ma ciò che qui più rileva è che la legislazione tenderà progressivamente ad allontanarsi dalla uniformità che era stata ricercata con l'unificazione legislativa

e amministrativa. Elementi di «differenziazione legislativa» (Cassese, 2007: 12) verranno introdotti già con le legislazioni speciali (a partire da quella per la città di Napoli)¹⁵ fino a che sarà certificata una vera e propria «fuga» dalla legislazione codificata (Irti, 1979): l'ideale moderno del codice «che possa nascere privo di lacune e che con la sua sola lettera possa offrire una buona soluzione per tutti i possibili casi del futuro» (Sacco, 1983: 125) si prepara ad essere considerata *forme dépassée de législation* (Sacco, 1983: 117).

La dottrina italiana tra gli anni '50 e '60 del secolo scorso affronta – con una contezza a tratti sorprendente – la questione urgente di un miglioramento della qualità della legislazione, giungendo ad affermare che «fabbricare leggi è diventato come un servizio pubblico, forse il maggiore dei servizi pubblici» (Vassalli, 1950: 494).

Il trascurato tema della scienza della legislazione – che trovava eco importante nei paesi di lingua tedesca con il dibattito sulla *Gesetzgebungslehre* (Nöll, 1973) – fu, tra l'altro, oggetto di numerosi scritti pubblicati sulla rivista *Il diritto dell'economia* nel 1960.

Nel rileggere quelle pagine appare forse datato il fuoco della diatriba e l'ac caloramento che questo generava, se cioè per la legislazione si dovesse parlare di scienza ovvero di tecnica (o di «arte», Carnelutti, 1957: 263, o, ancora, come verrà affermato in seguito di «artigianato», sul punto v. i contributi in *La tecnica legislativa: un artigianato da valorizzare*, in *Il Foro italiano*, 1985, V, c. 282 sgg.): ciò che oggi, invece, rimane di quello scambio di dottrina è la corale individuazione di una attività ben delineata e consistente nello «studio degli effetti pratici delle norme concretamente in atto e di quelle ipoteticamente formulabili» avendo riguardo alla «rilevazione di fatti e ad uno studio dei rapporti causali fra detti fatti e le norme» e con la prospettiva di una «ben più difficile opera di previsione di effetti probabili» (Longo, 1960: 590).

Erano cioè già al tempo piuttosto chiari alcuni passaggi che confluirono in una logica di sistema solo molto più tardi, con l'affermarsi delle politiche volte al miglioramento della regolazione, negli anni '90 del secolo scorso. Questi passaggi riguardavano: la rilevanza dell'attività di valutazione per la legislazione economica (Longo, 1960: 596); la necessità pregiudiziale di considerare l'opzione di non intervento (c.d. opzione zero) e la residualità della legislazione (Sandulli, 1960: 977; Lucifredi, 1955: 6); l'indispensabile analisi del contesto normativo (Longo, 1960: 590; Vassalli, 1950: 496; Lucifredi, 1955: 8); il necessario ricorso ad una base informativa imperniata sulla statistica (Longo, 1960: 598); l'esigenza di governare gli interessi che spingono all'adozione di regolazioni che li avvantaggino (Longo, 1960: 602); l'urgenza di distinguere il contributo delle decisioni tecniche e di quella politica nel procedimento che conduce alla decisione legislativa (Longo, 1960: 592; Mortati,

1960: 829); la necessaria interdisciplinarietà del lavoro di produzione delle leggi (Sandulli, 1960: 978).

D'altro canto, negli Stati Uniti la tradizione di studi e didattica universitaria in materia di *legislation* (Freund, 1917; Pound, 1908: 383; Bartole, 1997: 167) convergerà con il ricorso all'analisi economica della regolazione che a partire dagli anni '70 del secolo scorso veniva richiesta per i progetti di regolazione delle *federal executive agencies*. Anche nel Regno Unito, la tradizionale cultura di *drafting* legislativo si aprirà progressivamente alle nuove tecniche di miglioramento della qualità della regolazione.

Invece, nel paese di Filangieri, «la linguistica giuridica [ha teso] a ridurre la scienza della legislazione a tecnica di redazione delle norme» (Cassese, 1992: 321; Paladin, 1988: 123) e negli anni successivi si è consolidata una divaricazione fatale per la qualità della legislazione, quella tra la formulazione del contenuto delle regole (spesso costruite dai portatori di interessi) e l'adozione dei testi normativi. Dunque, si è sostenuto che «la progettazione della legge è estranea all'essenza del diritto» (Cassese, 1992: 309) anche se, già nel 1930, a proposito della formazione delle leggi, ci si domandava «non so perché, la loro preparazione non conta» (Carnelutti, 1937: 173).

La «crisi della legge» (Carnelutti, 1937: 167) si è tramutata nella «trappola delle leggi» (Mattarella, 2011).

Il tema della qualità sostanziale della legislazione viene riportato al centro del dibattito proprio dai programmi di *Regulatory Reform* e negli ordinamenti vengono progressivamente introdotti strumenti e tecniche di analisi della regolazione con l'obiettivo di valutarne prognosticamente gli effetti, di delineare le diverse opzioni regolatorie praticabili, di stimarne vantaggi e svantaggi, di consentirne un monitoraggio ed una valutazione *ex post* grazie alla fissazione di obiettivi, all'individuazione di indicatori e di basi informative (De Benedetto, Martelli, Rangone, 2011).

Anche nel nostro ordinamento, dopo alcuni tentativi operati sul terreno del *drafting* (Pagano, 2004), sono introdotte nel 1999 tecniche di analisi della regolazione nell'istruttoria normativa del governo, poi per la regolazione delle autorità indipendenti (Natalini, Vesperini, 2012) e nella legislazione delle regioni (De Benedetto, 2004: 145).

Molte cose pertanto dovrebbero essere oggi cambiate (Cassese, 2013): il procedimento che conduce all'adozione di regole è ormai oggetto di indicazioni più o meno prescrittive, in Italia come in tutti gli ordinamenti e si struttura in un tracciato della decisione regolatoria largamente simile (De Benedetto, Martelli, Rangone, 2011: 123; Seidenfeld, 2000: 533) che trova la sua disciplina in leggi, *executive orders*, regolamenti, direttive, circolari e *guidelines*.

Eppure, l'uso degli strumenti per il miglioramento della qualità della legislazione italiana è fittizio.

La portata estrema dell'applicazione di una logica regolatoria alla legislazione e la trasparenza che questa richiede sarebbe, infatti, potenzialmente dirompente: la trama reale della decisione legislativa ne risulterebbe infatti più chiara, l'istruttoria più ponderata e impegnativa, evidenti le alternative della decisione, diminuita l'opacità che ha alimentato il rapporto tra politica e interessi.

In sintesi, l'affermazione della qualità della legislazione avrebbe una portata deflagrante rispetto all'esercizio della funzione legislativa e la disciplina in materia di analisi d'impatto della regolazione costituisce al momento una *symbolic politics* (Radaelli, 2008: 3; Natalini, Sarpi, 2009: 233).

La stessa normativa attuativa dell'AIR ha procurato un armamentario di norme «in grado di neutralizzare sostanzialmente la portata innovativa di questo strumento, complice anche la scarsa trasparenza consentita dal quadro delle regole» (De Benedetto, 2010: 7)¹⁶.

3. Economia regolata e inflazione legislativa

La tendenza inflattiva della legislazione è una costante nella storia degli ordinamenti così come è costante la convinzione del disvalore che a questa tendenza si lega, a partire dalla affermazione tacitiana *corruptissima re publica plurimae leges* (Tacito, *Annales*, libro III).

Per arginarla sono stati elaborati meccanismi volti a dare periodicamente conto della legislazione vigente e ad abrogare, rivedere, correggere, armonizzare la normativa. Gli strumenti più noti a questo riguardo sono lo *Statute Law Revision Act*¹⁷, i meccanismi di ghigliottina legislativa (come il «taglialeggi» italiano, Lupo, Mattarella, 2008: 7), la *sunsetting legislation*¹⁸. Specificamente orientate a questa attività di argine erano i già ricordati medievali *statutarii* ma anche le attuali *Law Revision Commissions*¹⁹ operanti nei governi statali degli Stati Uniti.

Con il XX secolo la tendenza inflattiva si è però decisamente manifestata in forma di patologia soprattutto per effetto della richiamata straordinaria crescita della legislazione economica e sociale (Giannini, 1950: 313). Questo incremento esponenziale ha avuto numerose spiegazioni.

Innanzitutto, l'inflazione legislativa è stata considerata «in funzione di un'economia regolata e [...] perdura quanto un'economia regolata» (Ascarelli, 1956: 1255): è cioè precocemente evidente il rapporto che lega regolazione economica e inflazione legislativa. Inoltre, la regolazione economica rende «più probabile e nello stesso tempo più grave uno sfasamento tra norma e fatto» dal momento che «[...] l'economicità del fatto, [muove] interessi che più insistentemente chiedono di essere soddisfatti» (Pugliese, 1956: 120).

Lo stesso programma di interventi disegnato dalla Costituzione ha impegnato il legislatore nella sempre maggiore produzione di regole (Corso, 2008: 326;

Cassese, Mattarella, 1998), così come l'assimilazione nell'ordinamento nazionale della regolazione economica di derivazione europea.

L'inflazione legislativa è, poi, procurata dalla tendenza alla degenerazione dei sistemi parlamentari (Arangio Ruiz, 1985: 264-265; Pasquino, 2009: 193) e dal ricorso inarrestabile a politiche pubbliche che generano benefici concentrati e costi diffusi, espressione della rilevanza degli interessi organizzati nella produzione legislativa (La Spina, 1989: 371).

Il legislatore, ancora, utilizza sempre più spesso la legislazione in chiave simbolica o per scopi di comunicazione politica (La Spina, Majone, 2000: 151-152; Merusi, 2008: 337; Clarich, Mattarella, 2010: 816) e la legislazione «sembra riprodurre continuamente i medesimi contenuti dispositivi, in forma quasi "litantica", rischiando di determinare più di un dubbio sulla propria portata prescrittiva» (De Benedetto, 2012: 241).

Infine, il legislatore sembra agire «alla cieca», per usare l'espressione di Romagnosi (Romagnosi, 1829: 557), perché in assenza di un'adeguata istruttoria normativa e di consultazioni deve intervenire più volte per la correzione, la modifica, l'integrazione delle norme.

Gli effetti del disordine normativo correlato all'inflazione legislativa sono gravi, «la società si è intossicata di regole giuridiche e appare estremamente difficile disintossicarla» (Carnelutti, 1956: 1191) approdando all'ambita condizione di *securité juridique*²⁰.

In primo luogo, vengono alimentate opportunità di elusione delle norme (ben note nella letteratura internazionale come *creative compliance*, Baldwin, 1995: 185) che premiano comportamenti opportunistici resi praticabili in modo massiccio grazie anche alla consulenza di una classe di intermediari nei diversi settori (si pensi alla pianificazione fiscale).

In secondo luogo, premia gli interessi capaci di darsi un'organizzazione (Olson, 1965), prevalentemente quelli economici, trasferendo i costi delle correlate rendite sulla fiscalità generale.

In terzo luogo, l'inflazione legislativa e il disordine normativo che con sé conduce, contribuisce a generare un contenzioso di portata abnorme che accresce i costi di transazione (Williamson, 1996) e incide negativamente sulla competitività²¹.

Infine, l'inflazione legislativa (come tutti i fenomeni inflattivi) produce un incremento quantitativo a fronte di una diminuita qualità: legislazione adottata in assenza di una adeguata base informativa, senza consultazioni e con la prospettiva di un'attuazione «alla cieca» è in qualche modo votata a produrre effetti casuali. Già nel 1930 si sosteneva che «l'accrescimento quantitativo determina lo scadimento qualitativo anche nel campo della legislazione» (Carnelutti, 1937: 178).

Dunque, nel transito dalla buona legislazione alla regolazione di qualità due aspetti risultano chiari già da tempo anche se stentano a generare le conseguenze di novità che pure promettono.

Primo, le regole sono ad oggi adottate in un contesto mutevole, in cui la conoscenza scientifica e tecnologica evolve rapidamente, in cui devono essere attuate (Cassese, 1992: 329) e in cui produrranno esiti inintenzionali (O'Driscoll, Rizzo, 1996: 214): se l'approccio della pianificazione non è più praticabile proprio per ragioni epistemologiche (prima ancora che politiche o storiche, Popper, 1945: 613; Von Hayek, 1952), nondimeno l'azione del regolatore deve considerarsi non solo occasionalmente ma strutturalmente esposta al fallimento. Esistono, cioè, fenomeni di traslazione degli effetti delle norme, veri e propri *side-effects*, «che possono finire per rovesciare, nella realtà, la portata delle misure prese» (Ascarelli, 1956: 1259).

Secondo, i postulati che hanno fondato l'esclusione dell'obbligo di motivazione della legge sono indeboliti: quello per cui «il fondamento dell'autorità legislativa sta nella sua "legittimità" e non nella correttezza del procedimento intellettuale attraverso il quale esercita la funzione» e quello per cui il «legislatore non deve "indebolire" il suo comando assoggettandolo a controllo culturale e intellettuale» (Tarello, 1980: 69). Questa diagnosi, avanzata trentacinque anni or sono, attende ancora la somministrazione di una cura.

4. *La crisi di fiducia nella regolazione e la prospettiva della manutenzione delle regole*

Il nostro tempo è caratterizzato da una crisi di fiducia nella regolazione (Coglianese, 2012b). La misura di quanto sia estesa questa crisi (e dei costi che questa produce) potrebbe giungere da due indicatori: il contenzioso e la corruzione. Questi due indicatori, però, sono in qualche modo silenti nel nostro sistema.

Il contenzioso è, infatti, privo di governo ma costituirebbe un insostituibile segnalatore della patologia dei rapporti generata dalla regolazione. Rappresenta, inoltre, uno strumento per l'organizzazione delle giurisdizioni, un contributo al *gathering of evidence* nella valutazione degli impatti regolatori, un indicatore del raggiungimento di obiettivi nella valutazione *ex post* (De Benedetto, 2014a: 203).

La corruzione è, inoltre, un indicatore silente perché essendo caratterizzata da segretezza (Shleifer, Vishny, 1993: 600) vede i pubblici poteri operare in un contesto di inferiorità informativa (Greycar, Smith, 2011: 290), per cui si rende sempre difficile qualsivoglia stima (Anechiarico, Jacobs, 1996: 14). Eppure, la diagnosi di corruzione ci rinvia a regole che sono utilizzate, in vario modo, come strumenti per conseguire profitti illeciti (Ogus, 2004: 329), la stessa crisi di fiducia nella regolazione è legata alla «corruzione delle regole» (D'Alberti, 2016: 14;

Barbieri, Giavazzi, 2014) anzi vi sarebbe una relazione di diretta proporzionalità tra l'inflazione legislativa e la diffusione della corruzione (De Benedetto, 2014b).

La corruzione può entrare dentro le regole attraverso il varco delle consultazioni (Ogus, 2004b: 341), che pure sono così rilevanti per acquisire il punto di vista dei destinatari.

La corruzione trae, inoltre, profitto dalle imperfezioni delle molte regole, che soprattutto consulenti e intermediari ben conoscono e ben combinano così da eludere regimi normativi o fiscali e da far mantenere una parvenza di legalità (Baldwin, Cave, Lodge, 2012: 232).

La corruzione viene resa, poi, più facilmente praticabile da taluni schemi procedurali o da certe formule organizzative, e il regolatore/legislatore vi ricorre (nel migliore dei casi) in carenza di contezza che questi siano più forieri di opportunità di profitto illecito (Rose Ackerman, 1993: 808).

La corruzione è mossa, infine, da ogni regola che disponga (o produca o indirettamente consenta) un effetto lato di incentivo, tanto positivo (come nel caso di una sovvenzione) quanto negativo (come nel caso di una sanzione) (Klitgaard, 1988: 77; Gardiner, 1986: 42; Rose-Ackerman, 1999: 78).

D'altro canto, il *secret of law* (Nuijten, Anders, 2007: 12) è proprio nella trasgressione che è sempre inscritta nella legge come possibilità latente (sull'argomento v. S. Paolo, Lettera ai Romani, 3, 20 e Arendt, 2011: 202).

Ragionare sul piano dei possibili rimedi non è semplice (Vassalli, 1950: 494) ma può essere di qualche utilità indicare tre piste di intervento.

Dapprima, la giustificazione delle regole: in altri termini, è indispensabile prima di adottare una nuova regolazione e dopo aver considerato l'opzione di non intervento (c.d. opzione zero) dar conto di un momento di «valutazione circa l'utilità di una nuova regolazione o del mantenimento di quella esistente» (De Benedetto, Martelli, Rangone, 2011: 28) anche grazie all'utilizzo di tecniche di analisi economica della regolazione. Infatti, la regolazione ha costi che gravano su regolatori e regolati i quali sono giustificati solo se sopravanzati dai benefici che producono (De Benedetto, Martelli, Rangone, 2011: 29).

In secondo luogo, la tracciabilità degli interessi. Come nel caso degli ingredienti negli alimenti gli interessi devono essere tracciati nella regolazione/legislazione e oggetto di una sorta di etichettatura (De Benedetto, 2017).

Si dia il caso di un decreto governativo che interviene in via di urgenza a ridefinire il criterio demografico (*quorum*) utilizzato per la pianta organica delle farmacie con l'obiettivo di una regolazione pro-concorrenziale che, pur nel mantenimento della pianificazione quantitativa, si traduca in un incremento delle autorizzazioni consentibili. La regolazione precedente, che prevedeva essenzialmente una farmacia ogni 5000 abitanti²², viene così modificata nel senso della possibilità di apertura di una farmacia ogni 3000 abitanti²³. In sede di conver-

sione del decreto legge è stato introdotto solo un piccolo aggiustamento del criterio demografico, portandolo da 3000 a 3300²⁴. Ne risulta che, in comuni con popolazione maggiore a 12.500 abitanti, il sistema precedente consentiva l'apertura di tre farmacie, il decreto (prima formulazione), di cinque, il decreto (come convertito), di quattro farmacie. È evidente come un piccolo intervento possa generare un serio ridimensionamento dell'effetto pro-concorrenziale della legislazione: questo intervento dovrebbe essere tracciato nell'istruttoria normativa, forse proprio grazie all'attività degli uffici delle Camere (Lupo, 2012: 74-75).

È, in sintesi, rilevante che ci sia modo di capire chi paga e chi trae beneficio in esito all'adozione di una certa regola soprattutto nel caso delle regole che esprimono politiche a benefici concentrati e costi diffusi (Corso, 2005: 81), quale quella appena descritta: la trasparenza è utile quando rende visibile la sostanza delle cose non solo la loro rappresentazione.

Infine, la disciplina dell'istruttoria per l'adozione delle regole.

L'istruttoria legislativa è, con riferimento all'attività conoscitiva svolta e al rispetto dei criteri di buona regolazione, insufficiente a fronteggiare uno svolgimento della funzione in linea con le attese (Lupo, 2013: 432; Fatta, 2011: 51). L'istruttoria normativa, poi, è espressamente sottratta alla partecipazione per effetto della previsione dell'art. 13 della legge n. 241/1990 (D'Alberti, 2000 e 2012: 305). Anzi, la carenza di una disciplina generale appare la lacuna più vistosa e più vistosamente trascurata dai numerosi interventi di riforma della legge sul procedimento amministrativo²⁵.

Un aspetto importante e sottostimato della disciplina dell'istruttoria delle misure generali è, ancora, la distinzione tra politica e amministrazione che dovrebbe essere garantita tanto nel procedimento come nell'organizzazione dei regolatori (Carnelutti, 1937: 175; De Benedetto, Martelli, Rangone, 2011: 126 e 150; Chevallier, 1995: 20-21; Alesina, Tabellini, 2007 e 2008): la valutazione (e decisione) politica riguarda l'iniziativa alla regolazione, ne definisce gli obiettivi e individua l'opzione regolatoria preferita; la valutazione (e decisione) tecnico-amministrativa riguarda il contributo informativo, la scelta degli indicatori alla stregua dei quali verificare il conseguimento degli obiettivi, lo svolgimento delle consultazioni dei destinatari, la formulazione delle opzioni alternative.

Ora, la prospettiva che a oggi, consente di rendere percorribile l'azione combinata di questi rimedi (giustificazione delle regole, tracciabilità degli interessi, disciplina dell'istruttoria normativa) è quella della manutenzione delle regole, che – come ho avuto altrove modo di sostenere (De Benedetto M. 2010: 7 e 2017: 217) – è già provvista di alcuni importanti ancoraggi di diritto positivo.

Manutenzione significa, da un lato, operare sullo *stock* normativo, riducendolo quantitativamente (Carnelutti, 1956: 1192) e ricapitolandolo, come abbiamo già avuto modo di dire, alla luce del principio di concorrenza: sotto il pri-

mo profilo, lo strumento principale si conferma l'adozione di codici che esprime oggi una funzione di consolidazione (Viora, 1967) e opera prevalentemente à *droit constant* in materie di diritto pubblico (Cassese, 2005: 95); sotto il secondo profilo, la diagnosi relativa alla legislazione distorsiva della concorrenza viene assicurata grazie al contributo dell'attività di segnalazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Clarich, 1997: 85; De Benedetto, 2000: 143; Napolitano, 2003: 1138) e degli altri poteri in cui si articola la sua cd. funzione di *advocacy* (Rangone, 2014: 241).

Manutenzione significa, dall'altro lato, operare sulla nuova regolazione, sul *flow*. Verificare se un intervento regolatorio (adottato da parte di una autorità indipendente o con legge del Parlamento nazionale o con legge regionale poco importa) sia ancora adeguato per conseguire i suoi obiettivi significa preparare quell'intervento avendo già nell'istruttoria il *posterius*: la definizione di obiettivi; la base informativa della decisione; gli indicatori del raggiungimento di obiettivi; le consultazioni, le opzioni regolatorie; la valutazione dei vantaggi e svantaggi dell'opzione regolatoria preferita. Ancora, le tecniche attraverso cui svolgere questo tipo di istruttoria evolvono e non implicano più solo il ricorso ad uno strumentario economico-quantitativo ma si aprono anche alle rilevanti provocazioni dell'economia comportamentale (Thaler, Sunstein, 2008; Rangone, 2012: 175; Baldwin, 2014: 831) che tende a valorizzare proprio l'effettività della regolazione (Calamandrei, 1950: 488)²⁶.

Il modo di adottare le regole dunque cambia, e nell'ottica della regolazione la stessa funzione legislativa si rivela non più bastevole a se stessa. Alcuni esempi dal diritto positivo costituiscono una conferma di questa tendenza.

Con riforma costituzionale del 2008 in Francia si è previsto che una settimana su quattro dell'attività del Senato deve essere dedicata alla valutazione delle politiche pubbliche (Maia, 2013: 167)²⁷; nel programma *EU Regulatory Fitness* viene fissato un principio di necessaria previa valutazione dell'assetto normativo vigente (*evaluation first*) in vista dell'adozione di nuove regole²⁸; in tutti gli ordinamenti vengono introdotti strumenti e tecniche di valutazione prognostica degli effetti delle regolazioni (Radaelli, 2004: 725; Donelan, 2013: 125)²⁹; infine, quando il legislatore indugia, la Corte costituzionale inizia a censurare l'idoneità dell'istruttoria legislativa³⁰.

Dunque, il paese richiede oggi regole così come centocinquanta anni addietro. Ma oggi il bisogno è di meno regole, di regole di qualità, di regole attuate: in altri termini, vi è attesa per una funzione regolatoria che cammini su due gambe, la buona produzione e la buona manutenzione, e che sia perciò sperabilmente in grado «di riportare le leggi al diritto» (Vassalli, 1950: 503).

Note

- ¹ Commissione Europea 2010, *Smart Regulation in European Union*, COM(2010)543 def.
- ² OECD, 2009, *Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies: Guidance for Policy Makers*, p. 44, dove si parla di regolazione «[...] that meet concrete quality standards, avoid unnecessary regulatory burdens and effectively meets clear objective».
- ³ APEC OECD 2005, *Co-operative Initiatives on Regulatory Reform, Symposium on Structural Reform and Capacity Building*, p. 29. Si veda, inoltre, OECD 2002, *Report "From Intervention to Regulatory Governance"*
- ⁴ Commissione Europea 2010, *Smart Regulation in European Union*, cit.
- ⁵ Commissione Europea 2012, *EU Regulatory Fitness*, COM(2012) 746 def.
- ⁶ Sul punto, v. anche OCSE 1997, *Report on Regulatory Reform*, Parigi, dove si considera la regolazione come «the diverse set of instruments by which governments set requirements in enterprises and citizens».
- ⁷ Così, OECD 2009, *Overcoming Barriers to Administrative Simplification Strategies: Guidance for Policy Makers* cit.: 44.
- ⁸ Il Legislative and Regulatory Reform Act, 2006, art. 21, sec. (2) statuisce che la funzione regolatoria deve essere informata ad alcuni principi e deve essere: «transparent, accountable, proportionate, consistent [...] and targeted only at cases where action is needed». V., anche, al riguardo Better Regulation Task Force 2003, *Principles of good regulation*.
- ⁹ Sul punto OECD 2000, *Reducing the Risk of Policy Failure: Challenges for Regulatory Compliance*.
- ¹⁰ Conseil d'Etat 2006, *Rapport public La sécurité juridique et la complexité du droit*, p. 328: «perfectionner la codification et adapter les outils informatiques en vue d'une meilleure accessibilité». V. anche l'esperienza di *Legifrance*, «service public de la diffusion du droit». Raccolta di questo tipo è anche *Normattiva*, il servizio d'informazioni sulle leggi italiane, operante dal 2010.
- ¹¹ Si veda, Parlamento nazionale, Camera dei deputati, Sessione 1865, 5, dove si trovano specchi dimostrativi relativamente all'installazione di fili telegrafici (p. 4740) o all'industria privata delle armi (p. 4776).
- ¹² Si v., ad esempio, il dibattito relativo all'unificazione delle Corti di Cassazione in cui viene ricostruito in una tabella il rapporto tra Corti territorialmente competenti (Firenze, Napoli, Palermo, Milano), popolazione, numero delle cause civili e di quelle penali, Parlamento nazionale, Camera dei deputati, Sessione 1865, 5, Tornata 20 febbraio 1865, p. 4754.
- ¹³ Nel dibattito intorno all'adozione del codice di commercio l'intervento dell'on. Mancini (Parlamento nazionale, Camera dei deputati, Sessione 1865, 5, Tornata 16 febbraio 1865, p. 4684) sostiene la necessità dell'unificazione proprio nelle leggi commerciali: «Ed invero il commercio è cosmopolita, e cresce in prosperità in ragione dell'ampiezza dei territori aperti alla sua libera azione; e quindi la legislazione che lo regola debbe necessariamente essere nazionale, e non provinciale e locale».
- ¹⁴ Parlamento nazionale, Camera dei deputati, Sessione 1865, 5, Tornata del 20 febbraio 1865, p. 4745, dove si trova l'intervento dell'on. Boggio «per me la vera economia consiste nel diminuire i carichi del contribuente, nell'alleviarlo dei carichi superflui e non necessari».
- ¹⁵ In particolare, l. 15.1.1885, n. 2892 *Pel risanamento della città di Napoli* e l. 8.7.1904, n. 351, *Provvedimenti per il risorgimento economico della città di Napoli* cui seguirono legislazioni per la Calabria, la Basilicata, la Sicilia e la Sardegna.
- ¹⁶ Si consideri che la relazione AIR «può» essere resa pubblica (e non 'deve'), «anche» mediante strumenti informatici (d.p.c.m. 11.9.2008, n. 170, art. 6, comma 6). In altri termini, le relazioni AIR non sono pubbliche e ciò non comporta conseguenze in punto di legittimità o di responsabilità.
- ¹⁷ Lo Statute Law Revision Act è un atto normativo a contenuto tipico, adottato allo scopo di abrogare disposizioni con un intervento di *removing legislation*.

- ¹⁸ Anche i meccanismi di *sunsetting* sono tesi a eliminare, in modo più o meno automatico, regolazioni non più adeguate o necessarie.
- ¹⁹ La Law Revision Commission ha compiti di studio e di proposta quanto all'adozione di nuova legislazione, di revisione di legislazione vigente, di drafting nel procedimento di approvazione delle leggi. Operano, tra l'altro, la California Law Revision Commission (1953) in California, nello Stato del Michigan la Law Revision Commission (1965), nello Stato del New Jersey la Law Revision Commission (1985) e nello Stato dell'Oregon una Law Commission (1997).
- ²⁰ La *securité juridique* riguarda sia la qualità della legge che la sua prevedibilità; sul punto v. Conseil d'Etat 2006, *La securité juridique et la complexité du droit*, in particolare 281 sgg.
- ²¹ I tempi e costi del contenzioso sono uno degli indicatori presi in considerazione dalla World Bank per l'elaborazione del rapporto *Doing business*.
- ²² Art. 1, l. 2.4.1968, n. 475, *Norme concernenti il servizio farmaceutico*
- ²³ Art. 11, d.l. 24.1.2012, n. 1, *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*.
- ²⁴ L. 24.3.2012, n. 27, Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 24.1.2012, n. 1, recante disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività
- ²⁵ Sul punto v. la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 26.2.2001, Istruttoria degli atti normativi del Governo.
- ²⁶ Si veda anche Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 18.2.2016, numero affare 343/2016, parere sullo schema di decreto legislativo recante *Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche*: «le politiche pubbliche devono prevedere specifiche misure tecniche – spesso multidisciplinari – quali il perfezionamento del test di proporzionalità, la *compliance analysis*, il confronto costi-benefici, l'analisi (più economica che giuridica) dell'effettività della concorrenza, l'*empowerment* del consumatore, tenendo conto anche delle indicazioni dell'economia comportamentale (la cd. *behavioural regulation*). Per non parlare della necessità di un "monitoraggio" delle riforme amministrative, capace di registrarne *ex post* gli effetti concreti e di raccogliere le reazioni di cittadini e operatori economici. Tale ultimo strumento, anch'esso multidisciplinare, è forse quello attualmente più studiato nelle sedi internazionali ed è quello tradizionalmente più carente (nel nostro sistema, ma non solo), pur essendo uno dei più efficaci per un successo "effettivo" delle riforme».
- ²⁷ La loi constitutionnelle du 23.7.2008, art. 24 ha stabilito che «Le Parlement vote les lois, contrôle l'action du Gouvernement et évalue les politiques publiques».
- ²⁸ Commissione Europea 2012, *EU Regulatory fitness*, COM(2012) 746 final, p. 4, dove si afferma che, a partire dal 2014 «the Commission will not examine proposals in areas of existing legislation until the regulatory mapping and appropriate subsequent evaluation work has been conducted».
- ²⁹ Sul punto interessante il rapporto Australian Government 2011, *Productivity Commission Research Report, Identifying and Evaluating Regulation Reforms*, Appendix K, *How do different countries manage regulation?*
- ³⁰ Cfr. Corte costituzionale, sentenza 10.3.2015, n. 70 in materia di perequazione delle pensioni: «La disposizione concernente l'azzeramento del meccanismo perequativo [...] si limita a richiamare genericamente la "contingente situazione finanziaria", senza che emerga dal disegno complessivo la necessaria prevalenza delle esigenze finanziarie sui diritti oggetto di bilanciamento, nei cui confronti si effettuano interventi così fortemente incisivi. Anche in sede di conversione (legge 22 dicembre 2011, n. 214), non è dato riscontrare alcuna documentazione tecnica circa le attese maggiori entrate».

Riferimenti bibliografici

- Alesina A., Tabellini G. 2007, *Bureaucrats or Politicians? Part I: A Single Policy Task*, in *The American Economic Review*, 97: 169 sgg.
- 2008, *Bureaucrats or Politicians? Part II: Multiple Policy Tasks*, in *Journal of Public Economics*, 92: 426 sgg.
- Anechiarico F., Jacobs J.B. 1996, *The Pursuit of Absolute Integrity. How Corruption Control Makes Government Ineffective*, The University of Chicago Press.
- Arangio Ruiz 1985, *Storia costituzionale del Regno d'Italia (1848-1898)* (ed. orig. 1898), G. Civelli, Firenze.
- Arendt H. 2011, *Quaderni e Diari 1950-1973*, Neri Pozza, Vicenza.
- Ascarelli T. 1956, *Certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, in *Il diritto dell'economia*: 1238 sgg.
- 1958, *Ordinamento giuridico e processo economico*, in *Rivista di diritto del lavoro*: 275 sgg.
- Ascheri M. 1999, *Istituzioni medievali*, il Mulino, Bologna.
- Auby J.B., Perroud T. (a cura di) 2013, *Regulatory Impact Assessment/La evaluación de impacto regulatorio*, Global Law Press/Inap.
- Baldwin R. 1995, *Rules and Government: Non-Statutory Rules and Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press.
- 2005, *Is better regulation smarter regulation?*, in *Public Law*: 485 sgg.
- 2014, *From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree*, in *The Modern Law Review*, LXXVII (6): 831 sgg.
- Baldwin R., Cave M., Lodge M. 2012, *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford.
- Barbieri G., Giavazzi F. 2014, *Corruzione a norma di legge. La lobby delle grandi opere che affonda l'Italia*, Rizzoli, Milano.
- Bartole S. 1997, *Note sugli studi di «drafting» legislativo negli Stati Uniti d'America: da Ernst Freund all'Harvard Journal on Legislation*, in A. Giuliani, N. Picardi (a cura di), *L'educazione giuridica, V: Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, t. III: *La discussione contemporanea*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 167 sgg.
- Bentham J. 1962, *The Works of Jeremy Bentham* (ed. orig. 1838-1843), John Bowring, London, reprinted New York, vol. 3: *Nomography or the Art of Inditing Laws*.
- 1998, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, a cura di E. Lecaldano E., Utet, Torino (ed. orig. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789).
- Breyer S.G., Stewart R.B. 1992, *Administrative Law and Regulatory Policy*, Little Brown and Company.
- Calamandrei P. 1950, *Il processo come giuoco*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. II, Cedam, Padova: 487 sgg.
- Calasso F. 1954, *Medioevo del diritto, I: Le fonti*, Giuffrè, Milano.

- Carnelutti F. 1937, *La crisi della legge*, in F. Carnelutti, *Discorsi intorno al diritto*, Cedam, Padova: 169 sgg.
- 1956, *Certezza, autonomia, libertà, diritto*, in *Il diritto dell'economia*: 1185 sgg.
- 1957, *Tecnica e arte legislativa*, in *Il diritto dell'economia*: 263 sgg.
- Casetta E. 1957, *Osservazioni sul cosiddetto diritto amministrativo dell'economia*, in *Scritti giuridici in memoria di V.E. Orlando*, vol. I, Cedam, Padova: 379 sgg.
- Cassese S. 1992, *Introduzione allo studio della normazione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*: 307 sgg.
- 2001, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, il Mulino, Bologna: 11 sgg.
- 2002, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato concorrenza e regole*, 2: 265 sgg.
- 2005, *Codici e codificazioni: Italia e Francia a confronto*, in *Giornale di diritto amministrativo*: 95 sgg.
- 2007, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza.
- 2013, *La qualità delle politiche pubbliche, ovvero del metodo di governare*, Lezione in occasione della presentazione del Rapporto 2012-2013 di Italiadecide, 11 febbraio 2013.
- Cassese S., Mattarella B.G. 1998, *L'eccesso di regolazione e i rimedi*, in S. Cassese, G. Galli (a cura di), *L'Italia da semplificare, I: Le istituzioni*, il Mulino, Bologna.
- Cerri A. 1987, *Tecnica legislativa e giurisprudenza della Corte costituzionale*, in A. Giuliani, N. Picardi (a cura di), *L'educazione giuridica, V: Modelli di legislatore e scienza della legislazione, tomo III, La discussione contemporanea*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 249 sgg.
- Chevallier J. 1995, *L'évaluation législative: un enjeu politique*, in A. Delcamp, J.L. Bergel, A. Dupas (a cura di), *Contrôle parlementaire et évaluation*, La documentation française, Paris: 13 sgg.
- Clarich M. 1997, *L'attività di segnalazione e consultiva dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Diritto amministrativo*: 85 sgg.
- Clarich M., Mattarella B.G. 2010, *Leggi più amichevoli per la crescita economica*, in *Quaderni costituzionali*: 817 sgg.
- Coglianesi C. 2012a, *Measuring Regulatory Performance, Evaluating the Impact of Regulation and Regulatory Policy*, Expert Paper, 1, August: 8.
- 2012b, *Regulatory Breakdown: The Crisis of Confidence in U.S. Regulation*, University of Pennsylvania Press.
- Coglianesi C., Kagan R.A. 2007, *Regulation and Regulatory Processes*, Ashgate.
- Corso G. 1999, *Attività amministrativa e mercato*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, 1: 7 sgg.
- 2005, *Regole e politiche pubbliche: il punto di vista dei destinatari*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, Giuffrè, Milano: 181 sgg.
- 2008, *Perché la «complicazione»?», in *Nuove autonomie*, 3-4: 325.*

- D'Alberti M. 2000, *La 'visione' e la 'voce': le garanzie di partecipazione ai procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*: 1 sgg.
- 2001, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, il Mulino, Bologna: 171 sgg.
- 2008, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Il Mulino, Bologna.
- 2012, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- 2013, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Diritto amministrativo*: 607 sgg.
- 2016, *I due nemici da combattere: i corrotti e il degrado istituzionale*, in M. D'Alberti (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Rubbettino, Soveria Mannelli: 11 sgg.
- D'Autilia M.L. 1997, *La 'questione amministrativa della statistica' nella storia dell'Italia Unita*, in *Studi Storici*: 273 sgg.
- Dar A.A., Amirkhalkhali S. 2011, *On the Impact of Regulation on Economic Growth in OECD Countries*, Barcelona.
- De Benedetto M. 2000, *L'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, il Mulino, Bologna.
- 2004, *Il quasi-procedimento per l'analisi di impatto della regolamentazione*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 3-4: 145 sgg.
- 2010a, *La manutenzione delle regole: il perché e il percome*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 170: 7 sgg.
- 2010b, *Tecniche di analisi della regolazione nell'istruttoria degli atti normativi del governo: "niente (o assai poco) di nuovo sotto il sole"*, in <<http://www.osservatorioair.it>>.
- 2012, *Il decreto 'salva Italia' Le liberalizzazioni e i poteri dell'Agcm*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3: 236 sgg.
- 2014a, *Diritto amministrativo e crescita economica*, in *Il diritto dell'economia*, 1: 189 sgg.
- 2014b, *Is it possible to prevent corruption via controls?*, in *Amicus Curiae*, Issue 100, Winter: 1 sgg.
- 2017, *Maintenance of rules*, in U. Karpen, H. Xantachi (a cura di), *Legislation and Legisprudence in Europe. A Comprehensive Guide for Scholars and Practitioners*, Hart Publishing, Oxford: 217 sgg.
- De Benedetto M., Martelli M., Rangone N. 2011, *La qualità delle regole*, il Mulino, Bologna.
- De Lucia L. 2002, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino.
- De Lucia P. 1995, *Il termine 'Nomografia'*, in P. De Lucia (a cura di), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi. Contributi al seminario promosso dalla Banca d'Italia e dalla prima cattedra di filosofia del diritto dell'Università di Milano (19 novembre 1991)*, Giuffrè, Milano: I.
- Denozza F. 2002, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Giuffrè, Milano.

- Fatta C. 2011, *L'analisi d'impatto della regolamentazione (AIR) nella XVI legislatura: evoluzione normativa, problemi e prospettive*, in P. Costanzo (a cura di), *La qualità della normazione nella dialettica Governo-Parlamento. Strumenti e tecniche nella XVI legislatura*, Quaderni della *Rassegna Parlamentare*, Jovene, Napoli: 51 sgg.
- Donelan E. 2013, *Progress and Challenges in Selected OECD and EU Countries in Developing and Using regulatory Impact Assessment (RIA)*, in J.B. Auby, T. Perroud (a cura di), *Regulatory Impact Assessment/La evaluación de impacto regulatorio*, Global Law Press/Inap: 125 sgg.
- Filangieri G. 1984, *La scienza della legislazione. Benjamin Constant, Comento sulla scienza della legislazione* (ed. orig. 1780-1785), a cura di V. Frosini, revisione critica dei testi di F. Riccobono, 2 voll., Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, Roma.
- Freund E. 1917, *Standards of American Legislation*, Chicago, Ill. (reprint 1965), The University of Chicago Press.
- Gardiner J.A. 1986, *Controlling official corruption and fraud: Bureaucratic incentives and disincentives*, in *Corruption and Reform*: 33 sgg.
- Ghisalberti C. 1992, *Tecniche normative ed itinera procedurali nella storia della codificazione. Aspetti e problemi*, in *Clio – Rivista Trimestrale di Studi Storici*: 505 sgg.
- Giannini M.S. 1950, *Sull'azione dei pubblici poteri nel campo dell'economia*, in *Rivista di diritto commerciale*: 313 sgg.
- Greycar A., Smith R.G. (a cura di) 2011, *Handbook of Global Research and practice in Corruption*, Edward Elgar.
- Grossi P. 2007, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari.
- Hawkins K., Thomas J.M. 1984, *Enforcing Regulation*, Kluwer-Nijhoff Publishing.
- Howlett M., Ramesh M. 2003, *Come studiare le politiche pubbliche*, il Mulino, Bologna.
- Irti N. 1979, *L'età della decodificazione*, Giuffrè, Milano.
- Klitgaard R. 1988, *Controlling Corruption*, University of California Press.
- La Spina A. 1989, *La decisione legislativa. Lineamenti di una teoria*, Giuffrè, Milano.
- La Spina A., Majone G. 2000, *Lo Stato Regolatore*, il Mulino, Bologna.
- Longo M. 1960, *Per la fondazione di una "scienza della legislazione"*, in *Il diritto dell'economia*: 583 sgg.
- Lucifredi R. 1955, *Metodi pratici per preparare buone leggi e favorirne la migliore applicazione*, in *La tecnica della organizzazione nelle pubbliche amministrazioni*: 3 sgg.
- Lupo N. 2012, *Il ruolo delle burocrazie parlamentari alla luce dei mutamenti dell'assetto istituzionale, nazionale e sovranazionale*, in *Rassegna Parlamentare*: 51 sgg.
- 2013, *La lunga crisi del procedimento legislativo e l'impossibile qualità delle regole*, in *Analisi giuridica dell'economia*: 421 sgg.
- Lupo N., Mattarella B.G. 2008, *Gli sviluppi del «taglia-leggi»: per ora molta immagine e poca sostanza*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 7: 161-162.

- Maia J. 2013, *Outline of the French Practice of Regulatory Impact Assessment (RIA) System Preliminary to the Legislative Process, One Year After the Enactment of the New 2008 Constitutional Framework*, in J.B. Auby, T. Perroud (a cura di), *Regulatory Impact Assessment/La evaluación de impacto regulatorio*, Global Law Press/Inap: 167 sgg.
- Marini G. 1992, *La polemica sulla codificazione*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- Mattarella B.G. 2011, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Il Mulino, Bologna.
- Melchiorre Gioja 1829, *Filosofia della Statistica*, 1-4, Milano.
- Merusi F. 2008, *La semplificazione: problema legislativo o amministrativo?*, in *Nuove autonomie*, 3-4: 335.
- Montesquieu C.L. 1750, *De l'Esprit des lois*, libro XI, capitolo VI (trad. it. *Lo spirito delle leggi*, Bur, Milano 1989).
- Mortati C. 1960, *Perplexità e riserve in merito alla fondazione di una 'scienza della legislazione'*, in *Il diritto dell'economia*: 826 sgg.
- Napolitano G. 2003, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, in *Giornale di diritto amministrativo*: 1138 sgg.
- Napolitano G., Abrescia M. 2009, *Analisi economica del diritto pubblico*, il Mulino, Bologna.
- Natalini A., Sarpi F. 2009, *L'insostenibile leggerezza dell'AIR*, in *Giornale di diritto amministrativo*: 233 sgg.
- Natalini A., Vesperini G. 2012, *L'analisi d'impatto della regolazione. Il caso delle autorità indipendenti*, Carocci, Roma.
- Nöll P. 1973, *Gesetzgebungslehre*, Rowholt.
- Nuijten M., Anders G. (a cura di) 2007, *Corruption and the Secret of law. A Legal Anthropological Perspective*, Ashgate Publishing.
- O'Driscoll G., Rizzo M.J. 1996, *The economics of time and ignorance*, Routledge, London-New York (trad. it. *L'economia del tempo e dell'ignoranza*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2002).
- Ogus A. 2004a, *Regulation. Legal Form and Economic Theory*, Hart Publishing.
- 2004b, *Corruption and regulatory structures*, in *Law & Policy*, XXVI, July-October: 329 sgg.
- Olson M. 1965, *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Group*, Cambridge, Mass., Harvard University Press (trad. it. *La logica dell'azione collettiva. I beni pubblici e la teoria dei gruppi*, Feltrinelli, Milano 1983).
- Pagano R. 2004, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Giuffrè, Milano.
- Paladin L. 1992, *Riflessione sui nessi fra la scienza e la tecnica della legislazione*, in *Scienza e tecnica della legislazione, Atti del Convegno* (Trieste, 28-29 ottobre 1988), Università di Trieste: 123 sgg.
- Pasquino G. 2009, *Nuovo corso di scienza politica*, il Mulino, Bologna.
- Popper K.R. 1945, *The Open Society and Its Enemies*, Routledge, London (trad. it. a cura di D. Antiseri *La società aperta e i suoi nemici*, Armando, Roma 2002).

- Pound R. 1908, *Common Law and Legislation*, in *Harvard Law Review*, 21: 383 sgg.
- Pugliese G. 1956, *Il problema dell'adeguamento della norma giuridica al fatto economico*, in *Il diritto dell'economia*: 119 sgg.
- Radaelli C.M. 2004, *The diffusion of Regulatory Impact Analysis in OECD countries: best practices or lesson-drawing?*, in *European Journal of Political Research*: 723 sgg.
- 2008, *What do governments get out of regulatory reform? The case of regulatory impact assessment*, paper presentato alla XV Conference of the Nordic Political Science Association, Tromsø, Norway, 6-9 agosto 2008: 3 sgg.
- Radaelli C., Fritsch O. 2012, *Evaluating Regulatory Management Tools and Programs*, OECD Expert Papers, 2.
- Rangone N. 2006, voce *Regolazione*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese S., V, Giuffrè, Milano: 5057.
- 2012, *Dalle scienze cognitive, alcune indicazioni per i regolatori*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 175: 97 sgg.
- 2014, *Nuove frontiere per la competition advocacy. Il contributo dell'analisi dell'impatto della concorrenza ed il ruolo delle autorità antitrust*, in *Mercato, concorrenza e regole*, 2: 241 sgg.
- Romagnosi G. 1829, *Questioni sull'ordinamento delle statistiche*, in appendice a Melchiorre Gioja, *Filosofia della Statistica*, 1-4, Milano.
- Rose Ackerman S. 1993, *Which bureaucracies are less corruptible?* (ed. orig. 1989), in A.J. Heidenheimer, M. Johnston, V.T. Levine (a cura di), *Political Corruption. A Handbook*, Transaction Publishers (III ed.): 803 sgg.
- 1999, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, Cambridge University Press, Cambridge.
- Rosmini A. 1985, *Filosofia della politica* (ed. orig. 1837), Rusconi, Milano.
- Ruffilli R. 1969, *Governo, Parlamento e correnti politiche nella genesi della legge 20 marzo 1865*, in F. Benvenuti, G. Miglio (a cura di), *L'unificazione amministrativa ed i suoi protagonisti*, Neri Pozza Editore, Vicenza: 222 sgg.
- Sacco R. 1983, *Codificare: modo superato di legiferare?*, in *Rivista di diritto civile*: 117 sgg.
- Sandulli A.M. 1960, *A proposito della proposta fondazione di una 'scienza della legislazione'. Conoscere per legiferare*, in *Il diritto dell'economia*: 975 sgg.
- Scarlatti P. 2010, *Codificazione e nomografia nell'opera di Jeremy Bentham*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 169: 147 sgg.
- Scarpelli U. 1995, *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*, in P. De Lucia (a cura di), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi. Contributi al seminario promosso dalla Banca d'Italia e dalla prima cattedra di filosofia del diritto dell'Università di Milano (19 novembre 1991)*, Giuffrè, Milano: 5 sgg.
- Schulz F. 1975, *I principi del diritto romano* (ed. orig. 1946), Firenze, Sansoni, rist. anast., Le Lettere, Firenze.
- Seidenfeld M. 2000, *A Table of Requirements for Federal Administrative Rule-making*, in *Florida State University Law Review*: 533 sgg.

- Shleifer A., Vishny R.W. 1993, *Corruption*, in *The Quarterly Journal of Economics*, August: 599 sgg.
- Sorace D. 2007, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, il Mulino, Bologna.
- Steiner E. 2004, *Codification in England: The Need to Move from an Ideological to a Functional Approach – A Bridge Too Far?*, in *Statute Law Review*: 209 sgg.
- Tarello G. 1980, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano.
- Thaler R.H., Sunstein C.R. 2008, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, Yale University Press, trad. it. *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, 2009, Feltrinelli, Milano.
- Vassalli F. 1950, *La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, Cedam, Padova: 491 sgg.
- Viora M.E. 1967, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, Giappichelli, Torino.
- Voermans W. 2013, *Motive-based Enforcement*, Working Paper Leiden University, march 23.
- Von Hayek F.A. 1952, *The Counter-Revolution of Science. Studies on the Abuse of Reason*, The Free Press, New York (trad. it. *L'abuso della ragione*, Seam, Roma 1997).
- Wiener B.J. 2006, *Better Regulation in Europe*, Duke Law School Research Paper, 130.
- Williamson O.E. 1996, *The mechanisms of governance*, Oxford University Press, Oxford (trad. it. *I meccanismi del governo. L'economia dei costi di transazione: concetti, strumenti, applicazioni*, FrancoAngeli, Milano 1998).
- Zito A. 2010, voce *Mercati (regolazione dei)*, in *Enciclopedia del diritto, Annali*, III, Milano: 805 sgg.

POLITICA DI CONCORRENZA E POLITICA INDUSTRIALE TRA UNITÀ E DIFFERENZIAZIONE

Eugenio Bruti Liberati

SOMMARIO – 1. Premessa. La distinzione tra politica industriale e politica di concorrenza tra giurisprudenza della Corte costituzionale e riforma costituzionale in itinere. 2. La giurisprudenza della Corte costituzionale. 3. La critica dottrinale. 4. Politica industriale e politica di concorrenza: due modelli di *governance* istituzionale diversificati.

1. Premessa. La distinzione tra politica industriale e politica di concorrenza tra giurisprudenza della Corte costituzionale e riforma costituzionale in itinere

La riforma costituzionale attualmente in itinere sembra destinata ad avere un impatto rilevante anche sul modello di *governance* istituzionale accolto all'interno del nostro ordinamento in tema di governo e disciplina dei mercati.

Il ritorno allo Stato della competenza a legiferare in via esclusiva relativamente a materie che rappresentano uno snodo cruciale per la politica industriale del Paese (come l'energia o le infrastrutture strategiche), l'esplicita previsione della sua competenza legislativa esclusiva (non solo sulla tutela ma) anche sulla promozione della concorrenza e ancor più il riconoscimento allo Stato del potere di intervenire anche in materie ad esso non riservate «quando lo richieda la tutela dell'unità giuridica o economica della Repubblica, ovvero la tutela dell'interesse nazionale» sembrano prefigurare un assetto nel quale tutte le leve utilizzabili per influire sui processi economici saranno potenzialmente sotto il controllo di organi statali e i livelli di differenziazione che le autonomie territoriali potranno introdurre in relazione alle loro specificità dipenderanno in larga misura da eventuali scelte di delega di tali organi.

In questo quadro, potrebbe apparire sostanzialmente inutile soffermarsi ancora sull'esperienza che su tali temi è maturata in questi anni, in particolare a seguito della riforma costituzionale del 2001, e sulla controversa giurisprudenza costituzionale che ne è seguita, su cui già, d'altronde, si è sviluppato un ampio ed intenso dibattito dottrinale (Corso, 2006; Argentati, 2011; Trimarchi Banfi, 2013; Pinelli, 2014; Libertini, 2014).

Non mancano peraltro ragioni che invece suggeriscono che un'analisi di quell'esperienza sia tuttora opportuna e anzi necessaria, anche nella prospettiva di una riflessione sui livelli di differenziazione previsti o ammessi all'interno del nostro ordinamento amministrativo: non solo per l'ovvia ragione che allo stato non è si-

curo che la nuova riforma sia in definitiva approvata, ma anche perché problemi, soluzioni e argomenti interpretativi emersi sulla base della disciplina costituzionale oggi vigente continueranno verosimilmente ad esercitare una qualche influenza anche in sede di applicazione della possibile futura normazione costituzionale.

In questa prospettiva sembra utile rilevare sin da subito come l'elemento forse più caratteristico – e certo il limite più evidente – della ricchissima giurisprudenza che a partire del 2001 ha cercato di dirimere i conflitti tra Stato e Regioni sui temi qui in esame – contribuendo in modo decisivo a definire i tratti di unità o diversificazione del sistema – è costituito dalla propensione a sovrapporre e ad assimilare misure di politica industriale, di tutela e/o promozione della concorrenza e di regolazione.

Quali che siano le ragioni di tale propensione – inconsapevoli condizionamenti politico-culturali o ben ponderate scelte di politica del diritto (Trimarchi Banfi, 2013: 15 sgg.) –, non si può non rimanere colpiti dal fatto che, quanto meno in una prima fase degli orientamenti della Corte, qualsiasi intervento del legislatore statale sui processi economici, inclusi quelli di incentivazione, di pianificazione e di regolazione tariffaria di servizi pubblici in monopolio legale, sia stato ricondotto alla «tutela della concorrenza» e con ciò sottoposto alla relativa disciplina di riparto.

Ciò appare rilevante, e non soltanto sul piano dei concetti e delle categorie sistematiche, e nemmeno solo su quello delle conseguenze di regime giuridico che ne sono immediatamente derivate, ma anche sotto il profilo dei modelli di fondo a cui il sistema s'ispira – e potrà ispirarsi in futuro – nel prevedere forme di differenziazione territoriale.

Detto in termini più chiari: anche senza seguire Hayek, e anzi affermando senz'altro che esiste una 'politica' della concorrenza così come esiste una politica industriale, sembra difficile negare che tra esse vi siano differenze significative e che tali differenze possano – e verosimilmente debbano – assumere rilievo anche sul piano dei caratteri delle relative *governance* istituzionali.

Avere assimilato tali due diverse forme di intervento nell'economia – la prima preordinata, secondo una ben nota classificazione, a definire promuovere e presidiare le condizioni per un corretto ed efficace confronto concorrenziale tra le imprese, senza cercare di influire sugli esiti di tale confronto; la seconda, invece, diretta ad orientare in vario modo le imprese verso determinate scelte produttive o di mercato (per tale distinzione tra regolazione condizionale e regolazione finalistica v. Cassese, 1991 e 2000; Torchia, 1992 e 1996; Vesperini, 1993) –, e non avere trovato una coerente collocazione sistematica neanche all'attività di regolazione che non risponde né a fini pro-concorrenziali né a obiettivi finalistici, appare l'errore più grave della Corte in questa materia, solo parzialmente corretto dalla sua giurisprudenza più recente. Un errore che sembra importante

evidenziare con chiarezza anche in vista della futura interpretazione ed applicazione del possibile nuovo Titolo V della Costituzione.

2. La giurisprudenza della Corte costituzionale

Come si è già sopra accennato, in una prima fase della sua giurisprudenza la Corte costituzionale ha accolto una nozione straordinariamente ampia e comprensiva della locuzione «tutela della concorrenza», tale da includere in essa non soltanto le misure e le norme rivolte a reprimere o a prevenire condotte anti-concorrenziali delle imprese (le uniche con certezza riconducibili a quella locuzione nel suo significato letterale) e non solo gli interventi variamente finalizzati a promuovere assetti concorrenziali dei mercati ma anche misure di sostegno e di incentivazione delle imprese.

Come si legge nella ben nota sentenza n. 14 del 2004, ad avviso della Corte, la tutela della concorrenza, costituendo «una delle leve della politica economica statale [...] non può essere intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali»¹.

In tal modo, come sopra notato, politica di concorrenza e politica industriale venivano sostanzialmente a coincidere o, meglio, la seconda veniva di fatto ricondotta alla prima, con l'effetto di applicare anche ad essa – o, più esattamente, a quella sua parte che avesse una rilevanza c.d. macroeconomica² – la regola dell'esclusiva competenza legislativa statale di cui all'art. 117, secondo comma, lett. e), della Costituzione.

Tale orientamento fortemente estensivo della portata della suddetta previsione costituzionale è stato in seguito parzialmente abbandonato dalla Corte, che, verosimilmente anche alla luce delle critiche molto accese ricevute dalla sentenza n. 14/2004 (Cassetti, 2004; Caranta, 2004; Pizzetti, 2004), ha poi statuito che «il riferimento alla “tutela della concorrenza” quale materia di competenza statale esclusiva [...], non può giustificare l'intervento del legislatore statale in relazione ad aiuti di Stato, i quali, quando consentiti, lo sono normalmente in deroga alla tutela della concorrenza»³.

Per effetto di tale *revirement* giurisprudenziale, gli interventi di incentivazione vengono esclusi dal novero delle misure riconducibili alla tutela della concorrenza e alla sua specifica disciplina di riparto: ma, come si vedrà tra breve, questo non significa né che gli stessi non possano più in alcun modo essere direttamente posti in essere dal legislatore statale (come parte della dottrina aveva invece ritenuto di poter desumere dalla disciplina introdotta con la riforma

costituzionale del 2001) (Caranta, 2004: 1000) né che, come pure si preciserà nel prosieguo, tutti gli interventi di politica industriale vengano da allora in poi collocati dalla Corte al di fuori della categoria della tutela concorrenziale.

Quello che è certo è che, sulla base di una lettura comunque estensiva della norma costituzionale, a tale categoria e al correlato regime di *governance* istituzionale viene invece pacificamente ricondotta dalla Corte, senza alcuna esclusione, l'intera politica di concorrenza. E, infatti, come si legge in numerose pronunce, nella materia della tutela della concorrenza devono secondo la Corte ricomprendersi: 1) le misure di tutela in senso proprio, «intese a contrastare gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati (misure antitrust)»; 2) quelle di promozione, «che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata, riducendo o eliminando vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale o della competizione tra imprese» (per lo più dirette a tutelare la concorrenza 'nel' mercato); 3) e quelle preordinate a prefigurare «procedure concorsuali di garanzia che assicurino la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici» (concorrenza 'per' il mercato)⁴.

La materia in questione viene dunque configurata dalla Corte, com'è a tutti noto, come trasversale e pertanto idonea a consentire al legislatore statale di intervenire con norme di dettaglio anche in materie che l'art. 117 Cost. affiderebbe alla competenza concorrente o a quella residuale delle regioni. E ciò sulla base di un criterio (parzialmente) finalistico e funzionale, che segna anche il limite del legittimo intervento del legislatore statale: laddove si tratti di promuovere la concorrenza, ad esempio eliminando barriere all'entrata in un mercato (come quelli del commercio all'ingrosso o al dettaglio o quello delle professioni intellettuali)⁵ oppure prevedendo una regolazione dell'accesso dei terzi ad infrastrutture essenziali per lo svolgimento di una determinata attività, e sempre che le misure che s'intendono adottare siano proporzionate a tale obiettivo⁶, lo Stato può derogare ai normali criteri di riparto e dettare discipline non solo di principio⁷.

Resta ovviamente da comprendere se ed eventualmente in che misura le Regioni possano a loro volta concorrere a tale politica di concorrenza, adottando misure pro-competitive in ambiti sui quali lo Stato non è intervenuto o misure più pro-competitive di quelle statali oppure ancora bilanciando le istanze di apertura dei mercati con altri interessi pubblici affidati alla loro competenza – rimane cioè da capire se, sotto questo profilo, il modello delineato dalla Corte ammette in una qualche misura una differenziazione territoriale: ma riguardo a tale fondamentale questione è bene rinviare a quanto si dirà nei prossimi paragrafi.

Prima è bene tornare ad occuparsi del secondo corno del problema che si sta qui analizzando, che è in realtà quello più opaco e sfuggente: quello della politica industriale.

Al riguardo, occorre dire subito che la Corte, sino ad ora, non sembra incline a riconoscere, per scelta deliberata o per difetto di consapevolezza, l'esistenza di un'autonoma categoria di interventi pubblicistici sul mercato riconducibili nel loro complesso ad una logica di sostegno e di indirizzo finalistico delle attività economiche.

Ciò dipende certamente anche dall'assenza, nell'elenco delle materie di cui all'art. 117 Cost., di apigli espliciti che consentano di attribuire rilievo unitario, ai fini in esame, ad una tale 'categoria'. Tuttavia, colpisce che, nella ricostruzione sistematica operata dalla Corte, strumenti che palesemente sono accomunati da una tale funzione di 'governo' finalistico dei processi economici – e che non mirano quindi solo a garantire o a promuovere le migliori condizioni del confronto competitivo – vengano diversamente qualificati ai fini del riparto di competenze tra Stato e regioni e ricevano dunque un trattamento giuridico differenziato.

Tale è ad esempio il caso delle misure di aiuto e sostegno alle imprese, sopra considerate, e di quelle di pianificazione di attività considerate di interesse (economico) generale.

Le prime, per effetto della svolta giurisprudenziale realizzata con la citata sentenza n. 63/2008, sono ora escluse dall'ambito delle misure di tutela e promozione della concorrenza, con la conseguenza – esplicitata nella stessa pronuncia – che esse possono essere poste in essere dallo Stato direttamente (e cioè non per il tramite delle Regioni) solo se ed in quanto ricorrano i presupposti e vengano rispettati i limiti procedurali propri del meccanismo della chiamata in sussidiarietà⁸. Le seconde, viceversa, sono tuttora ricondotte dalla Corte al novero degli interventi di tutela della concorrenza⁹ e sono quindi utilizzabili dal legislatore statale anche in assenza di quei presupposti e senza quei limiti.

La Corte riconosce quindi allo Stato il potere di intervenire sia con misure dirette di sostegno alle attività produttive sia con misure di carattere programmatico: ma non sembra voler cogliere la matrice unitaria di tali misure, entrambe in realtà inquadrabili in una logica di guida e stimolo allo sviluppo economico, e le sottopone pertanto, in via interpretativa, per ciò che attiene all'allocatione delle relative competenze, ad una disciplina diversificata, che appare obiettivamente difficile giustificare.

Anche per quanto concerne gli interventi variamente ricondotti dal legislatore (o riconducibili in via interpretativa) alla categoria della regolazione, d'altra parte, appare evidente l'inclinazione della Corte ad applicare estensivamente ed indiscriminatamente ad esse la nozione di tutela e promozione della concorrenza e dunque a riconoscere in via generale allo Stato, relativamente alle stesse, una competenza legislativa esclusiva.

Ciò appare certamente corretto per talune misure regolatorie che hanno indiscutibilmente una funzione pro-competitiva: tipico è il caso delle discipli-

ne che sopprimono monopoli legali o definiscono le condizioni economiche e tecniche per l'accesso alle infrastrutture o introducono forme di *unbundling* o ancora per quelle che riconoscono un diritto speciale di recesso agli utenti o consumatori di mercati oggetto di processi di liberalizzazione. Tale impostazione risulta invece assai più discutibile rispetto a forme di intervento regolatorio che non sembrano in realtà avere finalità propriamente pro-concorrenziali e che mirano piuttosto a garantire e a promuovere l'efficienza nello svolgimento di attività di interesse economico generale: tipico è il caso della regolazione tariffaria di servizi svolti in regime di monopolio legale, che, ad avviso della Corte, atterrebbe alla tutela della concorrenza perché la determinazione tariffaria è rivolta «al fine di ottenere un equilibrio economico-finanziario della gestione e di assicurare all'utenza efficienza e affidabilità del servizio [...]. Tale fine è raggiunto determinando la tariffa secondo un meccanismo di price-cap [...], diretto ad evitare che il concessionario unico abusi della sua posizione dominante»¹⁰.

Si deve aggiungere che tale orientamento ha condotto inevitabilmente la Corte ad includere in generale nella materia della tutela della concorrenza, e dunque a ricondurre alla competenza esclusiva del legislatore statale, anche le norme che istituiscono autorità indipendenti di regolazione e che ne definiscono i poteri¹¹, pur se le stesse sono chiamate a svolgere anche funzioni – non solo di tariffazione per gli utenti ma anche di definizione degli *standards* qualitativi del servizio ovvero attinenti al servizio universale – il cui inquadramento in una logica concorrenziale non appare obiettivamente agevole (nello stesso senso v. anche Libertini, 2013: 511).

3. *La critica dottrinale*

La giurisprudenza della Corte che si è sopra sinteticamente richiamata è stata oggetto in questi anni di attenta analisi in sede dottrinale, con contributi diretti non solo a commentare le singole decisioni di maggiore rilevanza ma anche a ricostruire sistematicamente e criticamente presupposti, contenuti ed implicazioni delle scelte interpretative da essa compiute.

Tra tali contributi si segnalano in particolare due saggi recenti, che, seguendo percorsi ben diversi sia sul piano del metodo che su quello del merito, formulano analisi e riflessioni che appaiono di estremo interesse anche rispetto al ragionamento che si sta qui svolgendo.

Il primo saggio, di Francesca Trimarchi Banfi (Trimarchi Banfi, 2013), reca una critica radicale agli assunti teorici – ai presupposti politico-culturali – da cui sembra muovere la giurisprudenza della Corte, prima ancora che ai suoi orientamenti di politica del diritto¹².

Per ciò che qui rileva, esso appare rilevante soprattutto laddove analizza la sopra rilevata sovrapposizione operata dalla Corte tra politica di concorrenza e politica industriale, per effetto della quale, come si è visto, anche interventi di pianificazione e, in una prima fase, misure di aiuto pubblico alle imprese – tipiche espressioni e strumenti di politica industriale – vengono ricondotte alla materia della tutela della concorrenza e dunque assegnate alla competenza esclusiva del legislatore statale¹³.

La spiegazione che l'Autore offre di tale indubbia forzatura concettuale appare estremamente acuta (pur se non *in toto* condivisibile)¹⁴. Ma ciò che più conta ai fini in esame è che essa colga e sottolinei la necessità di considerare unitariamente gli interventi di politica industriale e quella di distinguere gli stessi, ai fini del riparto di competenze tra Stato e regioni, dagli interventi di tutela e promozione della concorrenza: soggetti, i secondi, alla regola della esclusiva competenza legislativa statale; dipendenti invece i primi – laddove lo Stato intenda porli in essere – dall'eventuale attivazione dei meccanismi di attrazione in sussidiarietà¹⁵.

Si vedrà nel prosieguo che tale distinzione, che nel saggio di F. Trimarchi Banfi è posta ma non sviluppata nelle sue implicazioni, potrebbe in realtà rappresentare la base di una sistemazione più organica della materia, con la definizione di modelli di *governance* istituzionale diversi per le politiche di concorrenza e per quelle industriali.

Prima, peraltro, è bene soffermarsi anche sul contributo recentemente offerto da Mario Libertini (Libertini, 2014; v. peraltro anche Libertini, 2005; e Libertini, 2010), che, senza formulare rilievi radicali quanto quelli espressi dall'A. appena considerata, sottopone peraltro la giurisprudenza della Corte sopra citata ad un'analisi estremamente articolata e puntuale – pur se anch'essa non completamente condivisa da chi scrive.

Qui, interessa soprattutto soffermarsi sulle considerazioni svolte dall'Autore con riferimento agli interventi espressione della politica di concorrenza e al problema della esatta delimitazione della competenza esclusiva al riguardo spettante al legislatore statale.

Che, sulla base delle scelte ricostruttive operate dalla Corte costituzionale, debbano farsi rientrare in tale ambito anche le misure di promozione della concorrenza e non solo quelle propriamente di tutela appare un dato ormai assodato e non controverso, che nemmeno Libertini mette in discussione e che anzi anch'egli sembra condividere pure sul piano degli orientamenti di politica del diritto.

Ciò che viceversa l'Autore imputa alla Corte – oltre ad uno sforzo inadeguato per definire con sufficiente precisione il concetto di 'concorrenza' che essa adotta ai fini dell'applicazione dell'art. 117, comma 2, lett. e) Cost. – è il non pieno e non coerente utilizzo del criterio teleologico per la puntuale individuazio-

ne degli interventi anche di dettaglio che il legislatore statale può porre in essere sulla base della suddetta disposizione costituzionale¹⁶.

In particolare, secondo Libertini, nonostante le reiterate affermazioni di principio della Corte in merito al carattere funzionale della tutela della concorrenza come materia trasversale, vi sarebbero diversi ambiti che essa ricondurrebbe a tale materia non sulla base di un criterio teleologico bensì applicando puramente e semplicemente una logica ‘materiale’, con l’effetto sostanziale di consentire al legislatore statale di intervenire anche con disposizioni di dettaglio in realtà non preordinate ad un fine pro-concorrenziale.

Esempi di tale (incoerente) modo di procedere della Corte sarebbero le pronunce rese dalla Corte in materia di gare pubbliche¹⁷ e di servizi di interesse economico generale¹⁸, che appunto avrebbero legittimato interventi statali non effettivamente funzionali ad esigenze di promozione (o tutela) della concorrenza, quali quelli, già menzionati, inerenti alla regolazione tariffaria.

È bene aggiungere che tali rilievi sollevano anche, esplicitamente o implicitamente, due ulteriori problemi, che appaiono anch’essi di estrema rilevanza.

Il primo, già sopra segnalato, attiene alla possibilità che i legislatori regionali possano a loro volta introdurre misure di promozione della concorrenza, eventualmente più incisive di quelle previste dal legislatore statale. Deve ammettersi tale facoltà regionale – ovviamente in materie nelle quali esse abbiano competenza concorrente o residuale – oppure deve escludersi in nome di un’esigenza di piena uniformità della disciplina pro-competitiva?

Pur se di recente sembra emergere nella giurisprudenza della Corte un orientamento incline a privilegiare le istanze di uniformità (v. anche Carloni, 2010: 670 sgg.), Libertini sottolinea che al riguardo essa sembra tuttora manifestare non apprezzabili incertezze¹⁹.

La seconda questione che le considerazioni formulate dall’Autore con riferimento alla necessità di una più coerente applicazione del criterio teleologico sembra porre attiene invece al tema del bilanciamento tra finalità pro-concorrenziali e principi ed istanze pubblicistiche di segno diverso.

Per quanto sia senz’altro presente nel nostro ordinamento anche un indirizzo interpretativo che tende a concepire la concorrenza come un super-principio (v. al riguardo Trimarchi Banfi, 2013: 15 sgg.), appare in realtà indubbio che tale bilanciamento sia ammesso dall’ordinamento europeo – come emerge chiaramente anche dall’art. 106 del T.F.U.E. – e che semmai si ponga la questione dei margini di discrezionalità al riguardo lasciati a legislatori (e giudici) nazionali.

Se dunque il principio di concorrenza può e deve essere temperato con altri principi costituzionali (così anche Libertini, 2014: 145), sembrerebbe ragionevole ammettere che il legislatore statale, quando interviene per finalità pro-

concorrenziali ai sensi dell'art. 117/2 lett. e), possa legittimamente operare quel bilanciamento, ad esempio prevedendo che la liberalizzazione di un determinato mercato avvenga al termine di una fase transitoria, fatto salvo ovviamente il controllo sulla ragionevolezza e proporzionalità della relativa disciplina.

Anche sul punto, tuttavia, l'orientamento della Corte, e non solo della Corte, non appare univoco²⁰.

In conclusione, dall'analisi svolta da Mario Libertini emergono molteplici profili in relazione ai quali l'orientamento della Corte in tema di politica di concorrenza appare tuttora incerto e su cui, laddove la riforma costituzionale in itinere non dovesse pervenire ad un esito favorevole, risulterebbe necessario un ulteriore sforzo di riflessione sistematica in sede dottrinale: dal tema dell'esatta individuazione del criterio teleologico o materiale in forza del quale individuare gli interventi riconducibili alla tutela e promozione della concorrenza a quello degli spazi di manovra eventualmente riconoscibili ai legislatori regionali rispetto a tali interventi – e dunque dei livelli di differenziazione ammessi al riguardo dal nostro ordinamento – e a quello della legittimità di un bilanciamento del principio di concorrenza con altri principi di rango costituzionale laddove il legislatore statale intervenga ai sensi dell'art. 117/2, lett. e) Cost.

4. Politica industriale e politica di concorrenza: due modelli di governance istituzionale diversificati

Dall'esame critico della giurisprudenza costituzionale sopra considerata e dalle riflessioni già svolte in sede dottrinale sembra emergere con chiarezza la necessità di distinguere con maggiore precisione tra interventi di politica industriale e interventi di politica di concorrenza ai fini del riparto di competenze tra Stato e Regioni, e anzi quella di definire per essi due differenti modelli di *governance* istituzionale.

Per i primi – per quelli con cui i soggetti pubblici tendono ad influire sul merito delle scelte imprenditoriali, variamente incentivando, pianificando, infrastrutturando – non sembra che, nell'attuale assetto costituzionale, l'esito possa essere diverso da quello a cui lo stesso giudice costituzionale, dopo le iniziali incertezze, si è orientato relativamente alle misure di aiuto, e assai prima per quelle attinenti alle infrastrutture. Insistere sul fatto che, ad esempio, la pianificazione d'ambito del servizio idrico integrato o i piani e i programmi relativi a qualsiasi altro servizio di interesse economico generale sarebbero preordinati alla tutela o alla promozione della concorrenza, laddove essi mirano in realtà a garantire l'efficienza e l'ampia diffusione del servizio, costituisce un errore sul piano logico e sistematico – vuol dire, come sottolineato da F. Trimarchi Banfi, identificare o confondere il mezzo con il fine (Trimarchi Banfi, 2013: 16).

Questo non significa, come si è visto, che lo Stato non possa più porre in essere tali interventi in modo diretto (ma solo per il tramite delle Regioni), come prospettato da una parte della dottrina (Caranta, 2004), ma implica invece, come chiarito dalla Corte nella sentenza n. 63/2008 per gli aiuti, che esso possa disciplinarli ed attuarli solo quando ricorrano le esigenze di carattere unitario che legittimano la chiamata in sussidiarietà e dunque anche nel rispetto dei relativi vincoli procedurali.

Non vi è quindi esclusività della competenza statale al riguardo: al di fuori dai casi di attrazione in sussidiarietà, le Regioni possono anch'esse attuare una loro politica industriale, calibrata sulle specificità del loro territorio e dei loro assetti produttivi, sia pure ovviamente attenendosi ai principi fondamentali che il legislatore statale può e deve porre nelle materie a competenza concorrente e ai vincoli derivanti dall'ordinamento europeo per le politiche di sviluppo e di sostegno alle imprese e ai mercati.

Il modello di *governance* istituzionale che ne discende è dunque significativamente differenziato, con spazi comunque significativi per le autonomie territoriali ma con la garanzia per lo Stato di poter intervenire quando necessario. Un modello ovviamente assai diverso da quello che deriverebbe dalla riconduzione degli interventi di politica industriale al novero delle misure di tutela e promozione della concorrenza.

Con riferimento a tali misure la regola generale è infatti – ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. e) della Costituzione – quella della uniformità: è al legislatore statale che spetta in via esclusiva di dettare la relativa disciplina ed è ad esso che compete l'eventuale decisione di riconoscere spazi di autonoma determinazione a Regioni ed enti locali.

Qui, occorre ammettere che l'orientamento della Corte di assimilare tutela e promozione della concorrenza appare non solo esente da incertezze ma anche condivisibile sul piano sistematico e delle politiche del diritto. E infatti, sotto il profilo della difesa e della promozione degli assetti concorrenziali dei singoli mercati e della definizione delle condizioni alle quali deve avvenire il confronto competitivo tra le imprese, l'esigenza di uniformità appare comunque assai pressante, laddove invece meno immediatamente rilevanti appaiono le peculiarità dei singoli territori. Evidente appare in questa prospettiva la differenza tra interventi di politica industriale, per i quali prevedere uno spazio decisionale diretto a valorizzare le specificità territoriali appare indispensabile, e quelli che invece si limitano a fissare le regole di un gioco competitivo che, per essere efficiente, chiede anzitutto e notoriamente trasparenza, prevedibilità e anzi certezza delle regole.

Appare quindi ragionevole lasciare al legislatore statale – nell'esercizio della sua suddetta competenza esclusiva – il potere di valutare se in relazione a de-

terminati settori economici sia o meno opportuno riconoscere alle Regioni la possibilità di introdurre norme concorrenziali specifiche per il loro territorio. E così ritenere anche che le incertezze manifestate dalla Corte costituzionale, e sopra segnalate, in merito alla facoltà delle Regioni di intervenire in via autonoma in senso pro-concorrenziale vadano superate e vadano superate escludendo, in linea di principio e salva delega da parte del legislatore speciale, tale facoltà.

Il modello di *governance* istituzionale relativo alle politiche di concorrenza è pertanto fortemente accentrato, con spazi di differenziazione dipendenti dalle eventuali scelte in tal senso del legislatore statale.

La differenza rispetto a quello sopra proposto per le misure di politica industriale appare evidente e motivata: pur se sarebbe errato intenderla nei termini di una contrapposizione radicale, perché tra le due tipologie di interventi vi sono certamente aree comuni e talora parziale identità di strumenti²¹, appare innegabile che le esigenze di uniformità della disciplina sono assai maggiori quando si tratta di definire le condizioni per il confronto concorrenziale tra le imprese e invece meno stringenti rispetto a politiche di sviluppo che per loro natura non sembrano poter prescindere del tutto dalle specificità dei diversi territori.

Note

- ¹ Sentenza n. 14/2004, punto 4 della *Motivazione in Diritto* (sottolineatura aggiunta).
- ² Nell'accezione della Corte (anch'essa, come tutta la pronuncia in questione oggetto di forti critiche in dottrina), avrebbero avuto rilevanza 'macroeconomica' gli «strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero Paese» e dunque eccedono la dimensione puramente regionale. Gli interventi di sostegno «sintonizzati sulla realtà produttiva regionale» non sarebbero stati invece attratti nella competenza legislativa esclusiva dello Stato e sarebbero quindi rimasti di competenza regionale.
- ³ Sentenza n. 63/2008, punto 4.3 della *Motivazione in Diritto*.
- ⁴ Le citazioni sono tratte in particolare dalla sentenza n. 325/2010 e dalla sentenza n. 97/2014, ma espressioni identiche o analoghe si rinvencono in diverse altre pronunce della Corte.
- ⁵ V. Corte cost., n. 430/2007 e n. 443/2007.
- ⁶ Non è possibile in questa sede soffermarsi su un profilo in realtà cruciale dell'assetto definito dalla Corte, che è quello attinente al controllo sull'effettiva proporzionalità e funzionalità delle misure adottate dallo Stato rispetto all'obiettivo di promuovere la concorrenza (al riguardo v. comunque Trimarchi Banfi, 2013: par. 11; e Libertini, 2014: *passim*).
- ⁷ Come ha precisato la dottrina, il criterio teleologico, nell'impostazione della Corte, sembra trovare applicazione solo per le misure di promozione della concorrenza e non anche per quelle di tutela, che vengono invece ricondotte alla previsione di cui all'art. 117/2 lett. e) sulla base di un criterio materiale (Trimarchi Banfi, 2013: 31).
- ⁸ V. sentenza n. 63/2008, punto 4.4 della *Motivazioni in Diritto*, secondo cui la misura statale oggetto del giudizio risultava diretta «a perseguire finalità di politica economica, [...], che, almeno in parte, sfuggono alla sola dimensione regionale, [...]»; e che sono perciò tali da giustificare la deroga al normale riparto di competenze fra lo Stato e le Regioni e la conseguente «attrazione in sussidiarietà» allo Stato della relativa disciplina, in base ai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza».
- ⁹ V. in particolare Corte cost. n. 246/2009, che si riferisce alla pianificazione d'ambito del servizio idrico integrato, e afferma che l'attività pianificatoria in questione «deve essere ricondotta alla materia della tutela della concorrenza, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, perché è strettamente funzionale alla gestione unitaria del servizio e ha, perciò, lo scopo di consentire il concreto superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche, al fine di inserire armonicamente tale gestione in un più ampio quadro normativo diretto alla razionalizzazione del mercato del settore» (punto 13.1) (v. anche in termini coincidenti la successiva sentenza n. 142/2010).
- ¹⁰ Così, ancora, Corte cost., n. 246/2009 (punto 17.4), relativa alla tariffa del servizio idrico integrato; e v. anche i nn. 335 e 51 del 2008 e n. 142 del 2010.
- ¹¹ V. tra le altre la sentenza n. 41/2013, relativa all'Autorità di regolazione dei trasporti.
- ¹² Osserva ad esempio l'Autore che «i ragionamenti che si leggono nella giurisprudenza costituzionale sembrano talora sfidare la logica, ma possono divenire comprensibili come riflesso della cultura corrente, che assegna alla concorrenza la virtù della razionalità e dell'attitudine ad operare per il progresso economico» (Trimarchi Banfi, 2013: 17).
- ¹³ V. le sopra citate sentenze n. 14/2004 e nn. 246/2009 e 142/2010. V. anche, per il superamento della tesi secondo cui le misure di incentivazione rientrerebbero nella materia della tutela della concorrenza, la sentenza n. 63/2008 (peraltro non menzionata da Trimarchi Banfi, 2013).
- ¹⁴ Per tale spiegazione v. in particolare le pp. 16-17 e poi 32-33 del saggio qui considerato.
- ¹⁵ V. in particolare a p. 33, dove, sia pure con limitazioni a mio avviso non condivisibili, l'Autore afferma appunto che «lo Stato potrebbe attuare le politiche economiche di rilevanza nazionale per il tramite delle Regioni, avvalendosi del potere legislativo concorrente che gli spetta nei singoli settori e, all'occorrenza, nelle c.d. materie residuali, ricorrendo alla chiamata in sussidiarietà» (sottolineatura aggiunta).

- ¹⁶ V. in particolare pp. 123 sgg.
- ¹⁷ V. al riguardo le osservazioni svolte alle pp. 523-529.
- ¹⁸ V. le pp. 529-532.
- ¹⁹ Così ad esempio a p. 539.
- ²⁰ E infatti la Corte si è espressa in senso favorevole a tale bilanciamento nella sentenza n. 325/2010, punto 8.1.2. (e v. anche la sentenza n. 279/2006 e l'ordinanza n. 162/2009), e, viceversa, in senso implicitamente contrario nella sentenza n. 1/2008.
- ²¹ Il caso più evidente è quello della regolazione delle tariffe per l'accesso alle infrastrutture che mira a favorire il *Third Party Access* ed è dunque una misura pro-concorrenziale, ma può anche essere rivolta ad incentivare il potenziamento la modernizzazione delle stesse e sotto questo profilo è anche una misura di politica industriale.

Riferimenti bibliografici

- Argentati A. 2011, *La giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di "tutela della concorrenza" a dieci anni dalla riforma del Titolo V della Costituzione*, AGCM, Roma.
- Caranta R. 2004, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*: 990 sgg.
- Carloni E. 2010, *L'uniformità come valore. La Corte oltre la tutela della concorrenza*, in *Le Regioni*: 670 sgg.
- Cassese S. 1991, *Stato e mercato dopo privatizzazioni e deregulation*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 378 sgg.
- 1995, *La trasformazione dei servizi pubblici*, in *Economia pubbl.*, 5: 5 sgg.
- 2000, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesaurò, M. D'Alberty (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, il Mulino, Bologna.
- Cassetti L. 2004, *La Corte e le scelte di politica economica: la discutibile dilatazione dell'intervento statale a tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, 5: 1 sgg.
- Corso G. 2006, *La tutela della concorrenza*, in G. Corso, V. Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Giuffrè, Milano: 4 sgg.
- Libertini M. 2005, *La tutela della concorrenza nella Costituzione italiana*, in *Giur. Cost.*, II: 1428 sgg.
- 2010, voce *Concorrenza*, in *Enc. Dir. – Annali III*, Giuffrè, Milano: 195 sgg.
- 2014, *La tutela della concorrenza nella costituzione*, in *MCR*: 503 sgg.
- Pinelli C. 2014, *La tutela della concorrenza come principio e come materia. La giurisprudenza costituzionale 2004-2013*, in *Rivista AIC*, 1.
- Pizzetti F. 2004, *Guardare a Bruxelles per ritrovarsi a Roma*, in *Le Regioni*: 1014 sgg.
- Torchia L. 1992, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, Padova.
- 1996, *Gli interessi affidati alla cura delle autorità indipendenti*, in S. Cassese, C. Franchini (a cura di), *I garanti delle regole*, il Mulino, Bologna: 55 sgg.
- Trimarchi Banfi F. 2013, *Il "principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. Amm.*: 15 sgg.
- Vesperini G. 1993, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio della funzione regolativa*, Cedam, Padova.

LA REGOLAZIONE BANCARIA E DEI MERCATI FINANZIARI: DALLA 'NEUTRALIZZAZIONE' DELL'INDIRIZZO POLITICO SUL MERCATO ALL'UNIFICAZIONE EUROPEA

Domenico Rocco Siclari

SOMMARIO – 1. Il lungo percorso dall'indirizzo politico del mercato alla regolazione neutrale. 2. L'indirizzo politico del mercato quale strumento di finanziamento dell'unificazione economica e infrastrutturale nazionale. 3. L'ordinamento bancario «verso la neutralità»: l'incidenza progressiva del formante comunitario e l'emanazione del testo unico bancario del 1993. 4. La riforma operata dalla legge n. 262 del 2005. 5. La crisi finanziaria del 2007 e la riorganizzazione del sistema. 4. Dall'unificazione nazionale all'unificazione europea: l'Unione Bancaria e la *Capital Markets Union*.

1. Il lungo percorso dall'indirizzo politico del mercato alla regolazione neutrale

La regolazione bancaria e dei mercati finanziari è caratterizzata, nel nostro Paese, da un'evoluzione che ha visto passare, in un lungo percorso, dagli indirizzi della più generale politica di programmazione economica alla 'neutralizzazione' dell'indirizzo politico sul mercato ad opera, principalmente, del formante comunitario, fino ad arrivare, nella fase più recente e attuale, all'unificazione regolatoria a livello europeo, con l'inizio dell'operatività dell'Unione Bancaria Europea e con il progetto di una *European Capital Markets Union*.

L'indirizzo politico di settore esercitato dall'autorità di vigilanza bancaria sull'assetto proprietario del mercato del credito (Predieri, 1996) risale al secolo scorso. Ancora negli anni '20 la disciplina del settore bancario era circoscritta alla previsione di controlli all'entrata e al controllo dell'andamento della gestione delle imprese bancarie, senza quindi che nel settore si potesse riscontrare un atteggiamento interventista dello Stato.

La concezione interventista che si afferma con l'ideologia fascista trova espressione in tale materia soltanto nel complesso legislativo che fra il 1936 e il 1940 provvedeva a dare alla materia del credito una disciplina unitaria (Capriglione, 1978: 22). L'autorizzazione all'esercizio dell'attività bancaria, prevista dall'art. 28 della legge bancaria¹, fu interpretata dalla prassi applicativa riconoscendo agli organi di vigilanza un'ampia discrezionalità di valutazione e consentendo ad essi di poter esprimere un giudizio di opportunità sulla base delle esigenze economiche del mercato (Baroncelli, 2006: 948).

La strutturazione verticistica del sistema di governo del credito, imperniato su tre organi – l'Ispettorato per la difesa del risparmio e per l'esercizio del cre-

dito, di nuova costituzione; il Comitato dei ministri, presieduto dal Capo del Governo; il Comitato corporativo centrale – rispondeva al disegno politico della riforma, teso ad attuare l’istanza dirigitica e programmatica nel mercato del credito, in opposizione alla ideologia di matrice liberale che aveva fin allora caratterizzato l’ordinamento (Cassese, 1975: 996 sgg.). In tale modello, pertanto, l’organo decidente ed elaboratore dell’indirizzo era il Comitato di ministri, mentre all’Ispettorato, posto alle sue dipendenze, venivano affidate le funzioni esecutive dell’indirizzo così come determinato dal Comitato (Merusi, 1972: 1428).

La funzione di vigilanza sul sistema creditizio fu affidata solo ‘transitoriamente’ alla Banca d’Italia – non essendo questa una funzione rientrante fra quelle tipiche della banca centrale – al momento dell’emanazione della legge bancaria del 1936, in attesa che fosse organizzato tecnicamente l’Ispettorato per il credito e il risparmio, organo dello Stato incardinato nella struttura del Ministero delle finanze (Giannini, 1949).

In quel periodo, quindi, la Banca d’Italia, che pure già rivestiva un notevole ruolo nell’ambito dell’economia nazionale, era formalmente esclusa dalla titolarità della funzione di vigilanza; tuttavia la sua struttura amministrativa supportava il governatore nell’esercizio sostanziale della funzione, in quanto proprio «la circostanza che il governatore era collocato a capo dell’Ispettorato per la difesa del risparmio e l’esercizio del credito faceva da presupposto all’utilizzo della struttura di tale ente (la Banca d’Italia) per lo svolgimento dei compiti dalla legge affidati all’Ispettorato» (Capriglione, 1997: 250).

Da qui inizia, probabilmente, la lenta ma inesorabile surrogazione da parte della Banca d’Italia, in virtù della sua *expertise* tecnica sul mercato del credito, nell’indirizzo politico che, in origine, era correttamente riconosciuto ad un organo incardinato nella struttura ministeriale del Governo.

L’esame della problematica in fase costituente si può basare sulle risposte della Banca d’Italia e della comunità bancaria ai quesiti proposti dal Ministero per la Costituente e sulla lettura del *Rapporto della Commissione economica presentata all’Assemblea Costituente*, nella parte IV relativa ai temi del *Credito e assicurazione*. Al quesito relativo agli organi più idonei a reggere l’ordinamento di settore, il capo del Servizio «Vigilanza sulle aziende di credito» della Banca d’Italia risponde che «organi idonei alla direzione del credito e degli investimenti sono il Ministero del Tesoro e la Banca d’Italia. Occorre, per altro, che si attui tra gli stessi una precisa delimitazione di funzioni, da concretarsi nel modo seguente: a) al Ministero del Tesoro dovrebbe competere la determinazione dei criteri generali da seguire in materia, l’alta sorveglianza del settore creditizio e la diretta vigilanza sul mercato finanziario e sulle borse valori; b) l’Istituto di emissione, invece, dovrebbe dedicarsi alla diretta vigilanza del settore creditizio ed avere in tale campo tutte le facoltà normative e discrezionali già attribuite dalla leg-

ge bancaria al soppresso Ispettorato del credito» (Ministero per la Costituente, 1946: 345). Emerge già allora l'orientamento della Banca d'Italia a concentrare in sé ogni competenza sostanziale in materia di governo del sistema creditizio.

Per parte sua, con riguardo specifico all'individuazione nell'ordinamento dell'autorità cui affidare le funzioni di vigilanza bancaria, l'Associazione bancaria italiana rileva che «organi periferici di vigilanza sulle aziende di credito non possono essere che le filiali della Banca d'Italia, costituendo esse l'unica organizzazione completa avente competenza bancaria. Tale organizzazione periferica richiede un organo centrale di coordinamento, che deve possedere il duplice requisito di possedere la necessaria attrezzatura e competenza tecnica e di agire in modo obiettivo e indipendente per i fini di controllo e di tutela delle aziende» (Ministero per la Costituente, 1946: 347).

Si intravedono così abbastanza nitidamente i prodromi e le motivazioni dell'egemonia esercitata dalla Banca d'Italia sul governo del sistema creditizio, basati sostanzialmente sulla necessaria competenza tecnica che viene riconosciuta all'Istituto di emissione anche dall'associazione di categoria delle aziende bancarie nonché sull'esistenza di una struttura organizzativa già ramificata e presente capillarmente su tutto il territorio nazionale, costituita dalle filiali della Banca d'Italia, che si palesava indispensabile per esercitare in concreto la vigilanza su tutti gli sportelli bancari.

Già nel *Rapporto della Commissione economica* presentato all'Assemblea Costituente si manifestava la consapevolezza delle interazioni e del confine che può diventare estremamente labile tra attività tecnica di vigilanza sulle banche e attività politica di governo del credito (Ortino, 1979: 213). Nella prassi, tuttavia, si può rilevare come l'attuazione della riforma bancaria del 1936, pure dettata dal proposito di spiegare una diretta e ampia ingerenza nel settore, vide una prevalenza dell'attività tecnica di controllo rispetto all'attività politica di governo del credito. Si intravede qui già il tipo di rapporto fra il CICR e la Banca d'Italia e l'esautoramento dell'organo politico avente la forma di collegio interministeriale, a causa della capacità tecnica dell'autorità cui era affidata in concreto la funzione di vigilanza.

Il d.lg.lgt. 14 settembre 1944, n. 226 sopprime l'Ispettorato, le cui attribuzioni e quelle del Comitato dei ministri vengono conferite al Ministro del Tesoro; la funzione di vigilanza sulle banche viene trasferita per delega *ex lege* alla Banca d'Italia. Tale assetto provvisorio, determinato con decreto di emergenza, viene consolidato dal d.l.C.p.S. 17 luglio 1947, n. 691, che istituisce il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio e devolve le funzioni del cessato Ispettorato alla Banca d'Italia. Il governatore conserva le funzioni esercitate come capo dell'Ispettorato, esercitandole ora nella veste istituzionale di capo della Banca d'Italia e utilizzando a tal fine la relativa struttura. L'alta vigi-

lanza in materia di tutela del risparmio, in materia di esercizio della funzione creditizia e in materia valutaria fanno capo al CICR, che tuttavia nell'esercitare tali attribuzioni, ai sensi dell'art. 2 del d.l.C.p.S. n. 691 del 1947, «per gli accertamenti di propria competenza e per l'esecuzione delle proprie deliberazioni [...] si vale della Banca d'Italia».

L'affidamento della funzione di vigilanza alla Banca d'Italia deriva anche da istanze tecnico-organizzative – il cui peso nei processi di allocazione formale delle competenze si dimostra sempre quanto mai rilevante – poiché ci si avvede che l'esercizio della funzione su tutto il territorio nazionale è possibile solo mediante l'utilizzo della rete capillare di filiali dell'istituto di emissione, presenti in ogni provincia. Infatti, secondo quanto affermato dall'Associazione bancaria italiana in sede di risposta ai questionari proposti dal Ministero per la Costituente, «per ragioni organizzative non si potrebbe concepire una diretta dipendenza delle filiali della Banca d'Italia da un organo diverso dalla loro amministrazione centrale: pertanto nel caso che la vigilanza venisse affidata al Tesoro o ad altri organi superiori mancanti di uffici periferici, il coordinamento dell'azione esecutiva e l'emanazione dei provvedimenti relativi dovrebbero essere delegati nella più larga misura alla Banca d'Italia» (Ministero per la Costituente, 1946: 329).

La funzione di vigilanza si innesta quindi in modo istituzionale su un corpo originariamente estraneo ad essa, quello della banca centrale. Operando in tal modo, questo cambiamento sconvolge i rapporti fra il potere politico (ministro del Tesoro e CICR) e il potere amministrativo (Banca d'Italia), ponendo le basi anche istituzionali per la futura egemonia della Banca d'Italia nell'ordinamento di settore.

È in questo momento, infatti, che si ravvisa un netto capovolgimento d'indirizzo, trasformandosi in un rapporto paritetico quello che era un rapporto di subordinazione al vertice dell'ordinamento bancario e rilevandosi che d'ora in poi si assisterà ad uno sviluppo del modello al fuori della originaria previsione normativa (Merusi, 1972: 1442).

Diverse furono le motivazioni che possono aver spinto il legislatore dell'epoca ad inaugurare un tale assetto di potere. Ove si consideri il particolare periodo storico dell'immediato dopoguerra, caratterizzato da una sovranità limitata del Paese nei confronti delle Potenze vincitrici e da una forte instabilità politica, non appare secondaria la motivazione secondo cui la correzione di vertice operata nel 1947, nell'affidare una volta per tutte il timone della politica monetaria, valutaria e creditizia alla Banca d'Italia «tagliò le gambe ad ogni possibilità di uso alternativo, di riciclaggio democratico, dei poteri di intervento da parte di governi che quando l'operazione fu architettata non davano completo affidamento» (Belli, 1975: 351).

Innestata così anche istituzionalmente la funzione di vigilanza bancaria nel corpo della Banca d'Italia, la dottrina dibatte sulla controversa questione della veste nella quale la Banca d'Italia esercita le funzioni di governo e di controllo dell'attività creditizia. A fronte, infatti, della tesi che configurava un caso di attribuzione ad un ente pubblico della titolarità di un organo dello Stato (l'ufficio dell'ispettorato del credito) (Giannini, 1949: 360), vi è chi riteneva che la Banca d'Italia avesse istituzionalmente e direttamente la cura di questa attività, proprio come ente pubblico (Nigro, 1969: 91). A livello teorico, l'affidamento della funzione di vigilanza alla banca centrale era poi spiegata rinviando alle teorie economiche che illustravano il collegamento tra il fenomeno monetario e quello creditizio, collegamento che veniva pertanto inteso proprio come fondamento dell'attribuzione alla Banca d'Italia delle funzioni di vigilanza bancaria.

Infatti si ricavava direttamente dall'economia la spiegazione del nesso materiale sul quale poggia l'attribuzione in capo ad un solo organismo pubblico della funzione monetaria e della funzione di vigilanza sul credito, richiamando il meccanismo della trasmissione degli impulsi monetari attraverso la disciplina del credito, che si poteva restringere o espandere attraverso la manovra del saggio di sconto, ovvero il meccanismo di regolazione della liquidità dell'economia consistente nel rifinanziamento della banca centrale alle singole banche, ovvero ancora la configurazione economica dei depositi bancari come mezzi di pagamento. Una tale spiegazione appare oggi datata, in quanto ispirata ad una interpretazione interventistica della legge bancaria: è chiaro che ove l'autorità di vigilanza bancaria non possa più intervenire sul mercato, non potrà usare poteri che più non ha in funzione di politica monetaria che, del resto, è ormai esercitata a livello sovranazionale. Il nesso moneta-credito e la conseguente necessità di una disciplina unitaria fu sottolineato all'epoca anche dalla Corte costituzionale nei suoi primi anni di attività, allorché considerava la funzione creditizia «di pubblico interesse immediato, in tutta la sua estensione, perché la circolazione creditizia influisce decisamente sul mercato monetario»².

La disposizione recata dall'art. 47, comma 1, della Costituzione in materia di tutela del risparmio ed esercizio del credito non ha aggiunto poi, come noto, alcuna novità all'impostazione anche teorica dell'ordinamento del settore, considerata anche la voluta genericità della disposizione, che non contiene fra l'altro alcun riferimento esplicito alla banca centrale, quale invece si riscontra all'art. 88 del *Grundgesetz* della Repubblica federale tedesca. La norma costituzionale avrebbe recepito ed espresso in termini riassuntivi il contenuto della legge bancaria del 1936 (Giannini, 1977: 205; Merusi 1982: 1087), perpetuando e offrendo una copertura generale di rango costituzionale agli scopi e all'assetto di poteri cui era funzionalizzato l'ordinamento del settore.

Dopo i passaggi fondamentali, per l'ordinamento di settore, dell'emanazione della legge bancaria nel 1936 e dell'affidamento in via istituzionale della funzione di vigilanza al governatore della Banca d'Italia, lo sviluppo della costituzione materiale porta presto al chiaro riconoscimento del governatore quale decisore politico in materia di governo del credito e del ruolo della Banca d'Italia di «bàlia» del sistema bancario (Predieri, 1996: 211 sgg.), quasi un «ente strumentale di settore» che appare svolgere una funzione corporativa nei confronti del sistema bancario e che tende a forgiarlo quale gruppo di interesse che ad essa offra sostegno, entrambi organi partecipi in via di fatto di funzioni di indirizzo politico nell'ambito di un equilibrio di mercato affidato alla eterocorrezione mediante il riconoscimento e l'esercizio di appositi poteri pubblici. Non solo per quanto concerne, in particolare, la politica monetaria, ma anche per la più generale conduzione della politica economica si può osservare infatti che «in effetti la Banca d'Italia ha contribuito alla realizzazione di certi orientamenti di politica economica così da massimizzarne gli effetti positivi per l'economia» (Lombardini, 2005: VII).

È Giannini, come noto, che elabora la teoria dell'ordinamento sezionale, riferendola in modo specifico al settore creditizio, sulla base delle considerazioni che tale settore presenterebbe una specifica normazione, integrativa di quella dell'ordinamento generale, mediante la quale viene organizzata da parte di organi pubblici reggenti il settore una pluralità di soggetti che svolgono una data attività, assoggettandoli a determinate regole di comportamento (Amorosino, 1995b: 363 sgg.).

La tesi dell'ordinamento sezionale appare oggi in discussione, in relazione all'evoluzione delle modalità di regolamentazione del settore e del rapporto fra i pubblici poteri e il mercato rispetto alla situazione in cui fu formulata. In particolare, la tesi dell'ordinamento sezionale è apparsa in discussione a fronte del realizzarsi, nell'ordinamento pubblico del credito, della vigilanza sul cosiddetto gruppo polifunzionale, nel quale sono ricompresi soggetti non direttamente destinatari, in modo immediato, del potere amministrativo dell'autorità di vigilanza di settore, e pure, però, consentendosi a quest'ultima di intervenire appunto nei confronti di soggetti non iscritti all'albo delle banche (Galanti, 1996: 14).

Anche dopo l'emanazione del testo unico bancario del 1993 e dei nuovi assetti di regolazione del settore creditizio si afferma tuttavia che quest'ultimo sarebbe tuttora configurabile come un ordinamento sezionale, considerata la presenza, nel quadro di una normativa primaria, di organi di vertice cui sono affidate potestà precettive penetranti nei confronti di un numero ampio ma determinato di operatori, obbligatoriamente riuniti in un albo (Amorosino, 1995b: 71-72).

La perdurante validità della teoria dell'ordinamento sezionale, pure a fronte di fenomeni quale quello della vigilanza sul gruppo polifunzionale, viene infat-

ti sostenuta adducendo un'avvenuta variazione dell'ordinamento sezionale solo in senso soggettivo, nel senso che esso non comprenderebbe più soltanto i soggetti esercenti attività bancaria in senso stretto, bensì anche quelli esercenti attività finanziaria e attività strumentali a quelle del gruppo bancario di appartenenza (Giannini, 1995: 12; Porzio, 1995: 12 sgg.).

Tuttavia, si fa pure osservare come affermare che dell'ordinamento sezionale facciano parte tutte le componenti del gruppo polifunzionale significherebbe sostanzialmente ammettere un elemento della soggettività talmente aperto da risultare quasi indeterminato (Galanti, 1996: 15), tralasciando poi quelle fattispecie in cui l'autorità di vigilanza può emanare norme dirette non solo ai soggetti vigilati, ma anche direttamente alla generalità dei consociati che entrano in rapporto con le banche (è il caso tipico delle prescrizioni eventuali sulla forma e sul contenuto di contratti bancari, *ex art.* 117, comma 8, del testo unico bancario).

La diretta rilevanza costituzionale del credito e del risparmio sarebbe idonea a risolvere, in questa fase, il possibile conflitto fra istituti della costituzione economica e struttura democratica dello Stato; è in questa ottica che si afferma, pertanto, che la banca centrale – o, meglio, il suo governatore – è organo costituzionale (Merusi, 1982: 1093), ovvero anche un organo di governo a legittimazione tecnica (D'Onofrio, 1979: 385): «il governatore partecipa dunque alla determinazione dell'indirizzo politico generale (o, comunque, ad una parte qualificante di esso) ed è organo essenziale e caratterizzante dell'attuale struttura dello Stato-ordinamento. Sotto il profilo della costituzione sostanziale il Governatore è, di conseguenza, senza dubbio, un organo costituzionale» (Merusi, 1972: 1448).

A fronte di quanti reclamano il recupero del ruolo proprio degli organi politici, parte della dottrina ritiene che la Banca d'Italia si trovi a esercitare poteri politici proprio perché deve supplire all'inattività dell'organo politico, essendo il sistema di governo del credito congegnato in modo che alla carenza di azione di un organo faccia riscontro, comunque, l'azione supplente di un altro organo, al fine di non lasciare senza guida un comparto essenziale per l'economia del Paese. In quest'ottica, si considera che «di fronte a una carenza e/o mancato esercizio di poteri da parte dell'organo politico (nella duplice articolazione del comitato interministeriale e del Ministro del Tesoro), l'azione della Banca d'Italia si configura necessitata, per la continuità stessa del sistema, al ricorso sempre più frequente all'uso dello strumento monetario che diviene il solo mezzo d'intervento nella realizzazione del compito di indirizzo del settore bancario in vista delle esigenze di sviluppo funzionale di questo. Non ampliamento (“dilatazione”) dei poteri ad essa spettanti, quindi, bensì piena utilizzazione di ogni mezzo tecnico a sua disposizione che, nell'evidenziarne la capacità interventistica, ne esalta in fatto la posizione di unico organismo capace di sopperire alla limitata azione dell'organo politico. Un'interpretazione diversa data all'azione

della Banca d'Italia non tiene conto che la normazione bancaria costituisce un sistema unitario che consente, ogni qual volta si verifica una discrepanza all'interno del settore, dovuta a mancanza di attività da parte di uno dei due organi di vertice, all'altro di evitare (o ridurre) la frattura che ne consegue, permettendo che il sistema stesso continui a corrispondere alle generali esigenze di sviluppo economico del Paese» (Capriglione, 1978: 56).

2. L'indirizzo politico del mercato quale strumento di finanziamento dell'unificazione economica e infrastrutturale nazionale

Dopo la Seconda guerra mondiale e, segnatamente, dopo il 1960 anche il settore del credito è caratterizzato dagli indirizzi della politica di programmazione economica (*ex multis*, Nigro, 1969: 93; Ruta, 1965: 48 sgg.). Nell'ambito dell'azione della Banca d'Italia il governatore assume un ruolo di primissimo piano, sia nella determinazione e conduzione della politica economica e monetaria, sia, nell'esercizio della funzione di vigilanza bancaria, quale decisore dell'assetto proprietario del mercato creditizio, sì da fare compiere a Predieri un arguto paragone con la figura del Capo di Stato Maggiore delle Forze armate di inizio del XX secolo, assimilato anch'esso all'epoca ad un organo costituzionale in virtù della rilevanza assunta nell'ordinamento dal potere militare, oramai sostituito nello Stato «finanziario e finanziatore» dal potere sostanziale del vertice istituzionale del sistema creditizio (Predieri, 1996: 226-227).

Rende bene l'ampiezza dei poteri esercitati dalla figura del governatore la definizione datane da Guido Carli, nei termini di «un alto magistrato, ancorché non inamovibile, cui compete di censurare gli avvenimenti e gli intendimenti riguardanti la vita economica: è un *superbanchiere*, che deve fare istituzionalmente una continua valutazione delle capacità di intrapresa, della possibilità di riuscita, dell'accettabilità dei calcoli e delle posizioni di quel super cliente che è il sistema economico, il quale abbia preparato per mezzo dei suoi organi (governo, imprese, sindacati) un super progetto e desideri ottenere l'appoggio finanziario» (Carli, 1966: 678).

Il governatore assume quindi, in anni di economia mista e di programmazione, un ruolo cruciale di guida dell'economia attraverso la leva del settore bancario. Addirittura, si fa assegnamento proprio sul mutamento del pensiero e delle concezioni-guida del governatore per auspicare un'evoluzione del sistema di governo dell'economia verso un assetto meno dirigistico e programmato, come si evince dalle considerazioni di Andreatta sul ruolo di Carli: «[...] lo storico futuro del governatorato di Carli non potrà non ravvisare l'esistenza di una tensione tra due poli diversi, quasi una contraddizione di motivi ispiratori, nella sua complessa personalità; il governatore che si è mosso con agevolezza in un si-

stema di controlli amministrativi, che ha utilizzato le riserve obbligatorie delle banche per condizionare i flussi di finanziamento tra i diversi settori dell'economia, nel cui studio sono stati trattati i più grossi problemi della riorganizzazione delle industrie italiane, e che di fatto è stato per 10 anni l'unica autorità di programmazione del nostro Paese, per cultura e per gusti tecnici è anche l'uomo più adatto per guidare il sistema finanziario italiano verso assetti più liberi, in cui il mercato si sostituisca all'autorità amministrativa e in cui al binomio governatore-ministro del Tesoro si sostituiscono poteri contrapposti ed autonomi» (Andreatta, 1970: 192).

Soprattutto nel lungo governatorato di Guido Carli (1960-1975), l'indirizzo politico sul mercato viene utilizzato quale sostanziale strumento di finanziamento dell'unificazione infrastrutturale nazionale, in virtù delle decisioni di investimento dei flussi creditizi. Grazie a un completo controllo del sistema bancario, viene inoltre favorito il collocamento di titoli pubblici presso le aziende di credito, rendendo così il sistema bancario indispensabile per l'azione del governo.

In questo quadro, «il ruolo di compartecipazione alla determinazione dell'indirizzo politico-economico esercitato dalla Banca d'Italia, parrebbe senz'altro ricollegarsi al sistema di potere affermatosi in Italia nel corso dell'ultimo trentennio, fondato sui c.d. "ordinamenti sezionali" e sui c.d. "spazi di libertà ministeriale"» (Puccini, 1978: 143); «il parlamento sa di essere tagliato fuori, lo accetta e si conforma alla regola [...] per cui chi decide è la Banca d'Italia in sede del suo indirizzo politico e dei suoi disegni, approvando, negoziando e autorizzando scelte dei centri di forza del sistema» (Predieri, 1996: 247). Riflesso e prova di un tale sistema sono fra l'altro rappresentati dalla estrema difesa delle competenze legislative esclusive dello Stato e del conseguente potere centrale della Banca d'Italia in materia di vigilanza bancaria nei confronti delle Regioni (*ex multis*, Saitta, 1974; Capriglione, 1985; Montedoro, 1995: 542 sgg.; Cassese, 2003: 3 sgg.; Costi, 2003: 15 sgg.). Tutto ciò mentre si provvede con la legge n. 216 del 1974, pure in un sistema che si conserva tipicamente bancocentrico, a istituire forme di vigilanza sul mercato mobiliare, affidando alla Consob il controllo sulla trasparenza e l'ordinato svolgimento delle negoziazioni e sulla trasparenza e la correttezza dei comportamenti dei soggetti che operano sui mercati finanziari, nonché un tipo di eterotutela di matrice pubblicistica dei soci delle società con azioni quotate su mercati regolamentati (Cera, 1986).

3. L'ordinamento bancario «verso la neutralità»: l'incidenza progressiva del formante comunitario e l'emanazione del testo unico bancario del 1993

Sotto la spinta potente e determinante del formante comunitario l'ordinamento bancario si avvia «verso la neutralità» (Capriglione, 1994). Con l'appro-

vazione nel 1989 della seconda direttiva comunitaria di coordinamento in materia bancaria, il suo recepimento nell'ordinamento interno e l'emanazione del testo unico bancario nel 1993 si realizzano le istanze del mercato unico europeo anche nell'ordinamento di settore, varando un quadro normativo volto ad assicurare condizioni di parità di trattamento a tutti gli operatori nell'ambito della Comunità europea.

Vengono così accolti nell'ordinamento interno il principio del cosiddetto passaporto europeo delle autorizzazioni all'esercizio dell'attività bancaria rilasciate dai singoli Stati membri, la trasparenza degli assetti proprietari, la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi nell'ambito di tutti i Paesi membri, il principio dell'*home country control*, consistente nell'attribuzione al Paese di origine della competenza a vigilare sulla stabilità degli enti creditizi.

A proposito delle scelte effettuate sottoscrivendo i trattati comunitari, ricorda Guido Carli che mediante l'accoglimento del principio della libertà di circolazione dei capitali «si cancellava dal nostro ordinamento la visione dirigistica, la nozione di economia mista» (Carli, 1996: 389), essendo il contenuto del trattato di Maastricht incompatibile con la stessa idea di programmazione economica.

Il nuovo assetto non si presta, quindi, almeno in teoria, ad un utilizzo dei poteri amministrativi da parte dell'autorità di vigilanza bancaria al fine di esercitare un indirizzo politico di settore. Il principio dovrebbe essere quello della neutralità rispetto all'assetto organizzativo prescelto dalle imprese creditizie. La 'neutralizzazione' viene intesa come riduzione degli spazi di governo politico del settore creditizio e riconduzione della relativa disciplina in ambito prevalentemente tecnico (Borrello, 2003: 2818), con riflessi anche sul grado di indipendenza dell'autorità.

Il nuovo assetto recato dal testo unico bancario presenta infatti caratteristiche diverse rispetto a quelle della legge bancaria del 1936 la quale, adottata dopo le crisi bancarie che avevano caratterizzato il decennio, era diretta al fine principale di garantire la stabilità del sistema creditizio, con tutti i mezzi. Mentre la legge bancaria del 1936 si connota quindi per la sua intrinseca 'neutralità', in quanto gli strumenti di controllo che essa prevede possono essere utilizzati per perseguire qualunque finalità, il testo unico bancario del 1993 indica invece esplicitamente le finalità che devono essere perseguite dall'autorità di vigilanza: la sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, l'efficienza, la competitività e la stabilità complessiva del sistema finanziario, l'osservanza delle disposizioni in materia creditizia. Alle regole di tipo finalistico si sostituiscono, pertanto, parametri quantitativi e regole condizionali (Torchia, 1993: 261); in un contesto basato sui principi comunitari del mercato concorrenziale, il testo unico bancario stabilisce che i poteri di vigilanza debbano essere esercitati «in armonia con le disposizioni comunitarie». Il successivo testo unico delle disposizioni in materia

di intermediazione finanziaria, recato dal d.lgs. n. 58 del 1998, si muove lungo le medesime coordinate (Sepe, 2000).

Dopo l'emanazione del testo unico bancario, nondimeno, proprio l'azione di vigilanza ora ispirata a connotati di tecnicità e di neutralità esalta ancora di più l'azione della Banca d'Italia, che ha assunto una posizione preminente pur essendo formalmente inserita in un apparato di cui fanno parte anche autorità di matrice politica. Attuando il testo unico una sorta di 're-amministrativizzazione' delle fonti normative, si assiste alla restaurazione della discrezionalità delle autorità creditizie (Minervini, 2006: 620), pur nella sempre più progressiva incidenza del formante comunitario (Sciarrone Alibrandi, 2008: 246 sgg.) e nel rispetto delle regole in materia di concorrenza (Ammannati, 2012).

4. La riforma operata dalla legge n. 262 del 2005

Le ragioni della riforma apportata all'assetto organizzativo e all'attività dell'autorità di vigilanza bancaria dalla legge n. 262 del 2005 – da ricercarsi sostanzialmente nel fatto che il legislatore ha dissentito dalla peculiare interpretazione data dall'autorità di vigilanza bancaria alla disciplina normativa vigente (Capriglione, 2006: 126) – traggono iniziale origine nelle note crisi finanziarie che si sono verificate nei primi anni del nuovo millennio (*ex multis*, Abriani, 2004: 269 sgg.), la cui insolvenza ha recato grave danno non soltanto ai possessori di strumenti finanziari ma anche, in generale, alla fiducia dei risparmiatori e dei mercati finanziari. Il ricordo va, fra l'altro, alle note vicende del 2005 relative alla scalata alla banca Antonveneta (Malaguti, Onado, 2005: 331 sgg.), laddove il governatore, trovandosi di fronte alle richieste di autorizzazione all'acquisto di una banca italiana avanzate da due gruppi bancari, uno italiano e uno straniero, decise in modo 'politico' autorizzando il gruppo bancario italiano addirittura in contrasto con l'esito negativo dell'istruttoria che era stata condotta dagli uffici di vigilanza della Banca d'Italia, i quali non ritenevano sussistente, a livello tecnico-patrimoniale e quindi facendo assegnamento su dati di bilancio incontrovertibili, il requisito della sana e prudente gestione. In quel caso, quindi, il titolare del potere non si basò neanche sulla genericità del parametro della sana e prudente gestione, ma decise addirittura sulla base di un altro parametro, individuando evidentemente un fine ulteriore per l'esercizio del potere che lo Stato gli aveva conferito (Guarracino, 2006: 151-152).

Le Commissioni VI (Finanze) e X (Attività produttive) della Camera dei deputati, congiuntamente alle corrispondenti Commissioni permanenti del Senato della Repubblica, in conseguenza di tali crisi finanziarie e della mancanza di fiducia che si è di conseguenza diffusa tra i risparmiatori, hanno quindi condotto nel corso della XIV legislatura un'*Indagine conoscitiva sui rapporti tra il sistema*

delle imprese, i mercati finanziari e la tutela del risparmio, al fine di approfondire l'analisi dei problemi posti in luce da queste vicende, con riguardo all'ordinamento italiano, in vista dell'adozione delle misure legislative necessarie. La disamina e le proposte contenute nel documento conclusivo dell'indagine, approvato dalle Commissioni riunite della Camera nella seduta del 18 marzo 2004³, hanno poi costituito la base per l'elaborazione e la redazione delle varie proposte di legge e del testo unificato delle stesse sulla riforma del sistema di tutela del risparmio e dei mercati finanziari.

Sulle premesse del dibattito che si è ricordato, la legge n. 262 del 2005 di riforma della disciplina dei mercati finanziari e della tutela del risparmio, recante disposizioni concernenti le autorità di vigilanza, ha previsto diverse norme che hanno innovato l'ordinamento di settore, sia in relazione all'assetto della Banca d'Italia sia con riguardo più generale ai principi di organizzazione delle autorità amministrative indipendenti cui compete la vigilanza sui mercati finanziari e ai rapporti fra tali autorità. Un primo aspetto riguarda le modalità di nomina del governatore della Banca d'Italia, la cui procedura complessa recata dalla precedente disposizione restava un *unicum* nell'ordinamento nazionale e nel panorama europeo e rendeva praticamente impossibile la revoca dall'incarico da parte del Governo (Montedoro, 1994: 28). Viene poi adottato il principio di collegialità e ha pertanto fine la monocraticità nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, in quanto la legge n. 262 del 2005 trasferisce al direttorio la competenza ad adottare i provvedimenti aventi rilevanza esterna rientranti nella competenza del governatore – e, quindi, l'intera competenza in materia di vigilanza bancaria – e quella relativa agli atti adottati su sua delega.

Una delle più rilevanti anomalie dell'ordinamento di settore che riguardava il vertice della Banca d'Italia consisteva, poi, nella durata indeterminata della carica di governatore. La legge di riforma prevede ora che il governatore duri in carica sei anni⁴, con la possibilità di un solo rinnovo del mandato (critica giustamente la scelta di rendere il mandato rinnovabile, che può comportare rischi di condizionamento per il governatore, Della Cananea, 2006: 787). Gli altri membri del direttorio durano anch'essi in carica sei anni, con la possibilità di un solo rinnovo del mandato. Con riguardo alla ridefinizione dell'assetto proprietario della Banca d'Italia, si dovrà invece attendere il parziale intervento operato con il decreto-legge 30 novembre 2013, n. 133⁵ (Capriglione, Pellegrini, 2014).

In applicazione, poi, del principio di trasparenza dell'azione amministrativa, la legge n. 262 del 2005 dispone che gli atti emessi dagli organi della Banca d'Italia debbano avere forma scritta e debbano essere motivati. Si richiama a tal fine quanto disposto dal secondo periodo del comma 1 dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990, in tema di procedimento amministrativo, secondo cui la motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determina-

to la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria. Il combinato disposto di tali norme, considerato il fulcro della riforma, dovrebbe comportare, in particolare, il divieto della *moral suasion* (Minervini, 2006: 627). Tuttavia, parte della dottrina propende a ritenere che la *moral suasion* – quale tecnica in alcuni casi «specificamente congrua» cui l'autorità ha fatto spesso ricorso per raggiungere il fine della sana e prudente gestione – continui ancora a vivere «al di fuori del procedimento, tutte le volte che lo consenta l'assenza di un preciso obbligo di procedere o di provvedere, tutte le volte che essa non sia di intralcio al corretto dispiegarsi delle cadenze formali delle attività amministrative, ma anzi ne consenta una semplificazione, ispirata all'economia di mezzi, alla semplicità dell'azione, all'interesse pubblico» (Montedoro, 2006: 299).

5. La crisi finanziaria del 2007 e la ri-regolazione del sistema

La necessità di affrontare la crisi dei mercati finanziari iniziata nel 2007 ha determinato un incisivo intervento pubblico nel settore del credito e nel sistema bancario (Capriglione, 2009) che è stato articolato secondo quattro «moduli di pubblicizzazione» (Napolitano, 2009: 429 sgg.): una pubblicizzazione «finanziaria», che mira ad aumentare la liquidità delle banche garantendone l'esposizione debitoria; una pubblicizzazione «proprietaria», che consiste nell'acquisto di azioni o nella sottoscrizione di aumenti di capitale delle banche da parte dello Stato nei casi di situazioni di inadeguatezza patrimoniale delle stesse⁶; una pubblicizzazione «funzionale» che, a fronte dell'erogazione sostanziale di un contributo finanziario dello Stato alle banche, mira a conformare l'offerta di credito delle banche beneficiarie degli aiuti pubblici, in modo tale da evitare una restrizione del credito che aggravi ulteriormente la crisi in atto⁷; una pubblicizzazione «regolamentare», che mira a rafforzare la vigilanza pubblica sul settore bancario e finanziario e a estenderne l'ambito per prevenire, in futuro, nuovi episodi di instabilità e di crisi dei mercati.

Mentre la pubblicizzazione regolamentare presenta carattere strutturale, nel contesto di una più generale ri-regolazione del settore (Siclari, 2009: 45 sgg.), gli altri moduli della pubblicizzazione finanziaria, proprietaria e funzionale hanno assunto i caratteri della temporaneità e dell'eccezionalità, essendo costituiti da strumenti diretti, in via contingente, a contrastare la crisi.

Le norme d'emergenza che sono state adottate, di solito in via d'urgenza, sono le più diverse, andando, come noto, dalla nuova disciplina delle tecniche di difesa nelle offerte pubbliche di acquisto ostili, prevista dall'art. 13 del decreto-legge n. 185 del 2008, fino alla creazione da parte dell'art. 1 *bis* del decreto-legge n. 155 del 2008⁸, nell'ambito delle garanzie che lo Stato può prestare su talune passività delle banche italiane, della figura del privilegio generale sui beni

mobili e immobili che assiste i crediti del Ministero dell'economia rivenienti da tali operazioni, quale eccezione all'art. 2746 c.c. e ai principi generali del codice civile in materia di garanzie immobiliari (Chianale, 2009: 82).

In relazione alle norme d'emergenza, stante il loro carattere eccezionale e derogatorio rispetto alla legislazione e ai principi vigenti, si è posto un problema di tenuta costituzionale che si presenta più in generale nel diritto pubblico solitamente per quanto concerne la materia della sicurezza e dell'ordine pubblico, e che di recente è stato affrontato con riguardo specifico alla legislazione d'emergenza adottata da vari Paesi per contrastare il fenomeno del terrorismo internazionale.

Gli interventi di ri-regolazione dei mercati finanziari, così come adottati dai regolatori sovranazionali e recepiti dai singoli Stati, nell'ambito del sistema di produzione delle fonti che oramai caratterizza il settore (Battini, 2007), si sono mossi quindi lungo tre direttrici fondamentali: rafforzare la resistenza patrimoniale degli intermediari; incrementare la trasparenza e mitigare la pro-ciclicità dei mercati; introdurre una supervisione di tipo macroprudenziale.

La regolazione finanziaria ha infatti tra i suoi obiettivi principali quello di evitare la materializzazione, per quanto possibile, del rischio e di contrastarne le eventuali conseguenze negative, rischio inteso come un evento che può essere previsto, misurato e, quindi, prevenuto, in contrapposizione pertanto al concetto di incertezza, la quale invece, non può essere prevista né prevenuta. A seguito della crisi dei mercati finanziari del 2007, l'obiettivo di rafforzare la stabilità degli intermediari e del sistema ha assunto carattere prevalente, dovendo tener presente che la regolazione pubblica dei rischi legati alla stabilità finanziaria appare insostituibile, oltre che per evidenti ragioni di interesse pubblico sottese alla stabilità degli intermediari e del sistema bancario e finanziario nel suo complesso, anche per il semplice fatto che la percezione del rischio è diversa a seconda che ci si ponga nella prospettiva del regolatore pubblico ovvero dell'intermediario che opera sul libero mercato.

In conseguenza del carattere bancocentrico dei sistemi finanziari e del processo di globalizzazione della finanza, non accompagnato da una corrispettiva omogeneizzazione dell'ordine giuridico, si sono potute realizzare pratiche finanziarie basate su una traslazione dei rischi tra i differenti mercati, nell'ambito di un mercato non adeguatamente regolato, di guisa che si è divenuti consapevoli che la deregolamentazione non costituisce la condizione necessaria per favorire l'innovazione, in presenza fra l'altro di un'armonizzazione delle normative prudenziali assolutamente insufficiente. La constatata ridotta capacità di analisi dei rischi macroprudenziali ha portato quindi ad una riforma della regolamentazione del sistema finanziario focalizzata sulla supervisione macroprudenziale, quale nuova modalità di controllo pubblico del settore, volta a prevenire e a contenere il rischio sistemico.

Per quanto concerne il rapporto tra Autorità di vigilanza e soggetti vigilati, si è passati, in taluni casi, dalla vigilanza sul patrimonio della banca all'incisione autoritativa dei diritti dei terzi (Siclari, 2011: 173). Ad esempio, la partecipazione al rischio d'impresa degli obbligazionisti in conseguenza dell'esercizio dei nuovi poteri di vigilanza consente di apprezzare i mutamenti della natura giuridica delle obbligazioni bancarie e, più in generale, della struttura della regolamentazione del settore. L'assimilazione delle obbligazioni bancarie, nelle concretezze, alle azioni delle stesse società bancarie emittenti appare determinata dalla necessità di conseguire l'interesse pubblico alla stabilità patrimoniale degli intermediari e del sistema nel suo complesso, che il legislatore persegue mediante la previsione della conversione forzosa del prestito in capitale di rischio. Un tale interesse pubblico, divenuto prevalente rispetto all'ordinaria esplicazione dell'autonomia privata nel settore a seguito della crisi del 2007, ha portato la regolamentazione pubblica, paradossalmente, a spingere verso l'assunzione del rischio d'impresa pure in capo agli obbligazionisti, comportando ciò una loro inedita assimilazione, sotto l'aspetto della struttura giuridica della remunerazione dell'investimento, ai soci della stessa società bancaria emittente il prestito. In particolare, occorre rilevare come il perseguimento dell'interesse pubblico alla stabilità finanziaria avvenga, nel settore bancario e finanziario, mediante la previsione della conversione forzosa *ex lege* dell'obbligazione in capitale di rischio, ovvero mediante il provvedimento amministrativo di divieto del pagamento degli interessi ai portatori delle obbligazioni adottato dall'autorità di vigilanza.

In particolare, i nuovi poteri di vigilanza attribuiti dal legislatore alla Banca d'Italia consentono di apprezzare l'evoluzione della struttura della regolamentazione bancaria, con riguardo precipuo ai destinatari della stessa. Infatti, se le modifiche apportate al t.u.b. nel corso del 2007 riguardavano ancora soltanto i soci, incidendo, come abbiamo visto, sulla possibilità di distribuzione degli utili, le modifiche apportate al t.u.b. nel 2010 riguardano anche gli obbligazionisti, quali soggetti terzi rispetto ai soci, proprietari della banca e quindi direttamente vigilati, di guisa che si può registrare, sotto tale profilo, anche un mutamento della tradizionale struttura della regolamentazione bancaria, laddove i poteri di vigilanza, posti a presidio della stabilità patrimoniale dell'intermediario, incidono anche i diritti patrimoniali dei soggetti che sono terzi rispetto al rapporto tra vigilante e vigilato, quali sono gli obbligazionisti (Siclari, 2011: 165).

Per tale via, e sotto tale aspetto della regolamentazione, appare venir così meno la connotazione dell'ordinamento del settore quale ordinamento sezionale, caratterizzato dalla presenza di un gruppo di figure soggettive determinabili dall'esistenza di un'organizzazione e da una normativa adottata dall'autorità di riferimento, almeno in relazione alle norme in esame, in quanto codeste norme incidono anche sui diritti di soggetti estranei al settore regolato, chiamati quin-

di a partecipare al conseguimento dell'obiettivo di interesse pubblico della stabilità. Di guisa che, per un verso, l'estensione dei poteri di vigilanza ai terzi obbligazionisti, estranei al rapporto vigilante-vigilato, e i riflessi sul grado di autonomia negoziale connotante il tradizionale rapporto obbligatorio, costituiscono un indizio di variazione del tipo sul piano soggettivo; per altro verso, l'elisione del diritto alla remunerazione quale elemento non essenziale dell'istituto del prestito, ma tipicamente connotante le obbligazioni bancarie, costituisce un indizio di variazione del tipo sul piano contenutistico-oggettivo del rapporto.

Del resto, a seguito della crisi finanziaria del 2007, si è visto come siano stati chiamati a contribuire, più in generale, al conseguimento dell'obiettivo della stabilità patrimoniale degli intermediari bancari e finanziari e, più in generale, alla stabilità complessiva del sistema finanziario anche tutti i cittadini (i cosiddetti *taxpayers*) non aventi alcun rapporto giuridico con l'intermediario emittente, i quali, tramite il prelievo fiscale, hanno consentito all'erario di far fronte agli eventuali salvataggi o soccorsi agli intermediari che versavano in difficoltà economiche, anche con le conseguenti problematiche relative alla compatibilità con la normativa, di derivazione comunitaria, sugli aiuti di Stato (Giglio, 2009: 23 sgg.).

6. *Dall'unificazione nazionale all'unificazione europea: l'Unione Bancaria e la Capital Markets Union*

Dopo il recepimento negli ordinamenti interni degli Stati membri dell'Accordo di Basilea III, l'evoluzione in corso vede, infine, il progressivo passaggio all'unificazione europea della regolamentazione e della vigilanza bancaria, in attuazione del progetto di un'Unione bancaria europea (Capriglione, 2013; Busch, Ferrarini, 2015) nonché di una – ancora solo prefigurata – Unione dei mercati dei capitali.

Il nuovo Sistema europeo di vigilanza finanziaria, istituito nel 2010 fra tutti gli Stati aderenti all'Unione europea, è composto dall'*European Systemic Risk Board* con competenze in materia di vigilanza macroprudenziale e da tre autorità incaricate del coordinamento della vigilanza prudenziale nei tre settori del mercato finanziario: l'Autorità bancaria europea, l'Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali, l'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati e dal loro Comitato congiunto, nonché dalle autorità nazionali dei singoli Stati membri.

L'Unione bancaria che è stata istituita tra gli Stati dell'eurozona è fondata su tre pilastri: il primo pilastro (*Single Supervisory Mechanism*, SSM) contempla l'esercizio congiunto, dal novembre 2014, di compiti e poteri di vigilanza sulle banche da parte della Banca centrale europea e delle autorità di vigilanza dei

paesi dell'area dell'euro, vigilando la BCE direttamente sulle banche cosiddette significative e potendo anche assumere la vigilanza diretta sulle altre banche, ove ritenuto necessario.

La funzione di vigilanza creditizia passa quindi a livello sovranazionale, seguendo la sorte della funzione di politica monetaria (Pellegrini, 2003). In tale contesto evolutivo, va necessariamente rielaborata e ridefinita la funzione istituzionale degli organi politici nazionali di vertice del settore, quale il CICR (Amorosino, 2015), nonché il nuovo perimetro di competenze dell'autorità di vigilanza nazionale (Capriglione, 2015).

Il secondo pilastro (*Single Resolution Mechanism*, SRM), operativo dal 2016, prevede la gestione della risoluzione delle crisi di tutte le banche dei paesi aderenti al meccanismo di vigilanza unico secondo regole armonizzate da parte di un'autorità di risoluzione unica (il Comitato Unico di Risoluzione) o delle autorità di risoluzione nazionali, nell'ambito di istruzioni e orientamenti comuni stabiliti dal Comitato, e potrà essere finanziata da un fondo unico, alimentato dai contributi versati dalle banche stesse. La direttiva 2014/59/UE relativa al risanamento e alla risoluzione degli enti creditizi e delle imprese di investimento, diretta a rafforzare e armonizzare gli strumenti di intervento a disposizione delle autorità per prevenire le difficoltà e gestire crisi degli intermediari, e la direttiva 2014/49/UE che rivede la disciplina sui sistemi di garanzia dei depositanti per rendere più efficace e uniforme la tutela offerta dai fondi nazionali cui tutte le banche devono aderire, configurano poi il cosiddetto terzo pilastro dell'Unione bancaria.

Per quanto concerne, poi, l'unificazione della regolazione e della vigilanza sui mercati finanziari, la Commissione europea ha di recente pubblicato un Libro Verde dal titolo *Building a Capital Markets Union*⁹ ed ha condotto contestualmente una consultazione pubblica per individuare le azioni necessarie a migliorare l'accesso ai finanziamenti per tutte le imprese e i progetti infrastrutturali in Europa, aiutare le PMI a reperire finanziamenti con la stessa facilità delle grandi imprese, creare un mercato unico per i capitali eliminando gli ostacoli agli investimenti transfrontalieri nonché diversificare le fonti di finanziamento dell'economia e ridurre il costo della raccolta di capitali. Nella prefigurata Unione dei mercati dei capitali ci sarà un mercato unico dei capitali per tutti gli Stati membri, senza ostacoli agli investimenti transfrontalieri all'interno dell'Unione, che potrà esser in grado di attirare investimenti provenienti da tutto il mondo, rafforzando così la competitività dell'Eurozona.

Nell'ambito di questa progressiva unificazione europea della regolazione bancaria e finanziaria, il sistema di produzione normativo tende a essere formato da norme prudenziali armonizzate (Moloney, 2014: 942 sgg.) che, per la maggior parte, hanno effetto diretto negli Stati membri senza bisogno di atti nazionali

di recepimento, secondo il modello del cosiddetto *single rulebook* (Guarracino, 2012).

Le regole europee dovranno quindi poi integrarsi, a livello internazionale, con quegli standard globali definiti anche con il coordinamento e la cooperazione tra le autorità di vigilanza dei diversi Paesi e i vari *fora* e organismi sovranazionali, quali il Comitato di Basilea per la Vigilanza bancaria e il *Financial Stability Board*, anche se l'unificazione globale delle regole appare, al momento, un traguardo abbastanza improbabile da raggiungere, almeno nel breve periodo.

Note

- ¹ R.d.l. 12 marzo 1936, n. 375.
- ² Corte cost., sentenza 24 novembre 1958, n. 58, in *Giur. cost.*, 1958: 883.
- ³ Camera dei deputati, *Resoconto stenografico* della seduta del 18 marzo 2004, pubblicato nel *Bollettino Ufficiale delle Giunte e delle Commissioni*: 41 sgg.
- ⁴ Lo Statuto del SEBC richiede per i Governatori delle banche centrali nazionali una durata in carica di almeno cinque anni.
- ⁵ Convertito con la legge 29 gennaio 2014, n. 5.
- ⁶ V. l'art. 1 del decreto-legge n. 155 del 2008, come convertito dalla legge n. 190 del 2008.
- ⁷ V. l'art. 12 del decreto-legge n. 185 del 2008, come convertito dalla legge n. 2 del 2009.
- ⁸ Nel testo convertito dalla relativa legge di conversione 4 dicembre 2008, n. 190.
- ⁹ Libro verde *Costruire un'Unione dei mercati dei capitali – COM(2015) 63 final*, Bruxelles, 18 febbraio 2015.

Riferimenti bibliografici

- Abriani N. 2004, *Dal caso Parmalat alle nuove regole a tutela del risparmio*, in *Società*.
- Ammannati L. 2012, *Competition in Regulated Markets (year 2011), the Insurance and Banking Sectors (2010-2011): Some General Remarks*, in *Concorrenza e mercato*, I.
- Amorosino S. 1995a, *Gli ordinamenti sezionali: itinerari di una categoria teorica. L'archetipo del settore creditizio*, in *Dir. ec.*, 2.
- 1995b, *È ancora il credito un ordinamento sezionale?*, in *L'ordinamento amministrativo del credito*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma.
- (a cura di) 2014, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Giuffrè, Milano.
- 2015, *The Interministerial Committee for Credit and Savings (ICCS) and the Ministry for the Economy and Finance [twenty years after the Consolidated Law on Banking]*, in D. Siclari (a cura di), *Italian Banking and Financial Law. I. Supervisory Authorities and Supervision*, Palgrave Macmillan, Basingstoke and New York.
- Andreatta N. 1970, *Per Carli meno potere più libertà*, in *Successo*.
- Antonucci A. 2013, *Gli strumenti di tutela meta-individuale e collettiva dell'utente finanziario*, in F. Capriglione (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, Giuffrè, Milano: 519 sgg.
- Baldwin R. 2012, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, Oxford.
- Baroncelli S. 2006, *Art. 47*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino.
- Battini S. (a cura di) 2007, *La regolazione globale dei mercati finanziari*, Quaderno n. 3 della *Riv. trim. dir. pubbl.*
- Belli F. 1976, *Legge bancaria, Banca d'Italia e controllo del credito*, in *Il governo democratico dell'economia*, De Donato, Bari.
- 2010, *Corso di legislazione bancaria vol. 1-2: Legislazione bancaria italiana (1861-2010)-Approfondimenti sulla legislazione bancaria vigente*, Pacini, Pisa.
- Borrello I. 2003, *Il controllo del credito*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano.
- Busch D., Ferrarini G. (a cura di) 2015, *European Banking Union*, Oxford University Press, Oxford.
- Capantini M., Pontello T. 2007, *Banche*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, tomo II, diretto da M.P. Chiti, G. Greco, Milano.
- Capriglione F. 1978, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Giuffrè, Milano.
- 1985, *Ordinamento comunitario, disciplina bancaria e regioni a statuto speciale*, Banca d'Italia, Roma.
- 1994, *L'ordinamento finanziario verso la neutralità*, Cedam, Padova.
- 1997, *Banca d'Italia*, in *Enc. dir.*, Agg. I.
- 2005, *La valutazione della "partecipazione" nel capitale della Banca d'Italia alla luce dei principi contabili internazionali IAS-IFRS*, in *Banca, borsa, tit. cred.*

- 2006, *Crisi di sistema e innovazione normativa: prime riflessioni sulla nuova legge sul risparmio*, in *Banca, borsa, tit. cred.*
- 2009, *Crisi a confronto (1929 e 2009). Il caso italiano*, Cedam, Padova.
- (a cura di) 2012, *Commentario al Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedasma, Padova (III ed.).
- 2013, *L'Unione Bancaria Europea. Una sfida per un'Europa più unita*, Giappichelli, Torino.
- 2015a (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Cedam, Padova.
- 2015b, *Bank of Italy*, in D. Siclari (a cura di), *Italian Banking and Financial Law. I. Supervisory Authorities and Supervision*, Palgrave Macmillan, Basingstoke and New York.
- Capriglione F., Pellegrini M. (a cura di) 2014, *La rivalutazione del capitale della Banca d'Italia*, Cedam, Padova.
- Cardi E. 2005, *Mercati e istituzioni in Italia: diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino.
- Carli G. 1966, *Problemi odierni in un istituto di emissione*, in *Bancaria*.
- 1996, *Cinquant'anni di vita italiana*, Laterza, Roma-Bari.
- Cassese S. 1975, *La preparazione della riforma bancaria del 1936 in Italia*, in *Economia e credito*.
- 1998, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari.
- 2000, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesauro, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, il Mulino, Bologna.
- 2003, *Mercati finanziari, Stato e regioni*, in *Banca impresa società*.
- Castiello D'Antonio F. 1993, *La riforma della legge bancaria. Profili giuspubblistici*, Giappichelli, Torino.
- Cera M. 1986, *La Consob*, Giuffrè, Milano.
- Chianale A. 2009, *Il privilegio generale immobiliare: un figlio della crisi finanziaria*, in *Notariato*, 1.
- Cocozza F. 2003, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Giappichelli, Torino.
- Corrias P. 2010, *Il fenomeno della bancassicurazione*, in *Studi in onore di Francesco Capriglione*, I, Cedam, Padova: 535 sgg.
- Costi R. 2003, *Regioni e credito: i profili istituzionali*, in *Banca impresa società*.
- 2007, *L'ordinamento bancario*, il Mulino, Bologna.
- Cuniberti M. 2007, *Autorità indipendenti e libertà costituzionali*, Giuffrè, Milano.
- D'Onofrio F. 1979, *Banca d'Italia e costituzione economica: la prospettiva della crisi dello Stato nazionale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*
- De Bellis M. 2012, *La regolazione dei mercati finanziari*, Giuffrè, Milano.
- Della Cananea G. 2006, *L'autonomia della Banca d'Italia dopo la "riforma" del 2005*, in *Quad. cost.*
- Di Gaspare G. 2015, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Cedam, Padova.
- Farjat G. 1967, *L'ordre public économique*, in *Rev. int. droit comp.*

- Galanti E. 1996, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia, 41, Roma.
- Galgano F. (diretto da) 1977, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. I: *La costituzione economica*, Cedam, Padova.
- Giannini M.S. 1939, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, II, Padova.
- 1949, *Sulla natura giuridica e sulle attribuzioni della Banca d'Italia*, in *Banca, borsa, tit. cred.*: 360 sgg.
- 1977, *Diritto pubblico dell'economia*, il Mulino, Bologna.
- 1995, *Il nuovo testo unico delle leggi bancarie e l'ordinamento sezionale del credito*, in S. Amoroso (a cura di), *Le banche: regole e mercato dopo il Testo Unico delle leggi creditizie*, Giuffrè, Milano.
- Giglio V. 2009, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 1.
- Guarracino F. 2006, *Competenze e struttura della Banca d'Italia*, in F. Capriglione (a cura di), *La nuova legge sul risparmio. Profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, Cedam, Padova.
- 2012, *Supervisione bancaria europea. Sistema delle fonti e modelli teorici*, Cedam, Padova.
- Lener R. 1989, *La "dematerializzazione" dei titoli azionari e il sistema Monte Titoli*, Giuffrè, Milano.
- Libertini M. 1979, *La regolazione amministrativa del mercato*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, III, Giuffrè, Milano.
- Lombardini S. 2005, *Carli, Baffi, Ciampi: tre governatori e un'economia*, Giappichelli, Torino.
- Maimeri F. 2013, *La definizione delle controversie concernenti i contratti dei risparmiatori davanti all'A.B.F.*, in F. Capriglione (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, Giuffrè, Milano: 543 sgg.
- Malaguti V., Onado M. 2005, *Andava a piedi da Lodi a Lugano. Storia della scalata alla banca Antonveneta*, in *Mercato concorrenza regole*.
- Manetti M. 1994, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano.
- 2007, *Le Autorità indipendenti*, Laterza, Roma-Bari.
- Mattassoglio F. 2012, *Mercato finanziario e potere pubblico. Il rapporto tra Consob e investitore nell'era della crisi*, Cedam, Padova.
- Merusi F. 1972, *Per uno studio dei poteri della banca centrale nel governo della moneta*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*
- 1982, *La posizione costituzionale della banca centrale in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*
- 2006, *Diritto contro economia. Resistenze all'innovazione nella legge sulla tutela del risparmio*, in *Banca impresa società*, 1.

- Minervini G. 2006, *La Banca d'Italia, oggi*, in *Banca, borsa, tit. cred.*
- Ministero per la Costituente 1946, *Rapporto della Commissione economica presentato all'Assemblea Costituente*, IV, *Credito e assicurazione*, II, *Appendice alla Relazione (Interrogatori, questionari, monografie)*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma.
- Moloney N. 2014, *EU Securities and Financial Markets Regulation*, Oxford University Press, Oxford.
- Montedoro G. 1994, *Il principio di separazione tra politica ed amministrazione nel paradigma dei rapporti fra Governo e Banca d'Italia*, in *Mondo bancario*, 4.
- 1995, *Ordinamento comunitario, governo del credito e regioni a statuto speciale dopo l'approvazione del nuovo testo unico della legge bancaria*, in *Foro amm.*
- 2006, *Procedimento e processo nella riforma sul risparmio*, in F. Capriglione (a cura di), *La nuova legge sul risparmio. Profili societari, assetti istituzionali e tutela degli investitori*, Cedam, Padova.
- Morbidei G. 2007, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*
- Napolitano G. 2009, *L'intervento dello Stato nel sistema bancario e i nuovi profili pubblicistici del credito*, in *Giornale dir. amm.*, 4.
- Nigro M. 1969, *Profili pubblicistici del credito*, Giuffrè, Milano.
- Ortino S. 1979, *Banca d'Italia e costituzione*, Pisa.
- Pellegrini M. 2003, *Banca Centrale Nazionale e Unione Monetaria Europea. Il caso italiano*, Cacucci, Bari.
- 2007, *Le controversie in materia bancaria e finanziaria. Profili definitivi*, Cedam, Padova.
- 2009, *Da un riscontro di regolarità alla "supervisione". La svolta disciplinare degli intermediari finanziari non bancari*, in *Banca, borsa, tit. cred.*
- Picozza E. 1998, *Diritto pubblico dell'economia*, Maggioli, Rimini.
- Porzio M. 1995, *Dall'ordinamento bancario all'ordinamento finanziario*, in M. Rispoli (a cura di), *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia*, Farina, Napoli.
- Predieri A. 1996, *Il potere della banca centrale: isola o modello?*, Passigli, Firenze.
- Puccini G. 1978, *L'autonomia della Banca d'Italia. Profili costituzionali*, Giuffrè, Milano.
- Ruta G. 1965, *Il risparmio nel sistema della legislazione bancaria*, Giuffrè, Milano.
- Saitta N. 1974, *La disciplina del credito e del risparmio nelle regioni*, Giuffrè, Milano.
- Sciarrone Alibrandi A. 1997, *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, Giuffrè, Milano.
- 2008, *Nuove regole europee in materia di acquisizioni e concentrazioni nel settore finanziario*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I.
- (a cura di) 2009, *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Giuffrè, Milano.
- Sepe M. 2000, *Il risparmio gestito*, Bari.
- 2004, *La costituzione di banche tra disciplina speciale e nuovo diritto societario*, Cacucci, Bari.

- Siclari D. 2004, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sulle controversie afferenti alla vigilanza sul credito: una conferma implicita e alcune incertezze residue*, in *Foro amm.* – C.d.S., 6-7: 1918 sgg.
- 2007, *Costituzione e autorità di vigilanza bancaria*, Cedam, Padova.
- 2009a, *Crisi dei mercati finanziari, vigilanza, regolamentazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1: 45 sgg.
- 2009b, *La limitazione della responsabilità civile delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari recata dall'art. 24, comma 6-bis, della legge n. 262/05: un primo monito della Cassazione?*, in *Giur. it.*, 10: 2307 sgg.
- 2011, *Gli intermediari bancari e finanziari tra regole di mercato e interesse pubblico*, Jovene, Napoli.
- (a cura di) 2015a, *Italian Banking and Financial Law. I. Supervisory Authorities and Supervision*, Palgrave Macmillan, Basingstoke and New York.
- (a cura di) 2015b, *Italian Banking and Financial Law. II. Intermediaries and Markets*, Palgrave Macmillan, Basingstoke and New York.
- (a cura di) 2015c, *Italian Banking and Financial Law. III. Regulating Activities*, Palgrave Macmillan, Basingstoke and New York.
- (a cura di) 2015d, *Italian Banking and Financial Law. IV. Crisis Management Procedures, Sanctions, Alternative Dispute Resolution Systems and Tax Rules*, Palgrave Macmillan, Basingstoke and New York.
- Titomanlio R. 2000, *Autonomia e indipendenza delle authorities: profili organizzativi*, Giuffrè, Milano.
- Torchia L. 1993, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Cedam, Padova.
- 2006, *Verso una Banca d'Italia repubblicana ed europea?*, in *Giorn. dir. amm.*, 3.
- Troiano V. 2009, *I conglomerati finanziari. Le forme di vigilanza*, Cedam, Padova.
- Tucci A. 2013, *Tipicità dei contratti di investimento e disciplina codicistica*, in F. Capriglione (a cura di), *I contratti dei risparmiatori*, Giuffrè, Milano: 81 sgg.
- Vesperini G. 1993, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare. Contributo allo studio delle funzioni regolative*, Cedam, Padova.

PARTE TERZA

FINANZA PUBBLICA E AIUTI DI STATO:
STRUMENTI VECCHI E NUOVI ALLA PROVA DEL DIRITTO UE

I SOLDI DI TUTTI

Giacinto della Cananea

SOMMARIO – 1. I soldi di tutti: una vicenda intrigante. 2. Lo Stato liberale e il modello cavouriano: contabilità e controlli. 3. Dallo Stato liberale allo Stato dispensatore di beni. 4. Inadeguatezza delle garanzie: un'ipotesi ricostruttiva. 5. La disciplina della finanza pubblica nello Stato 'comunitario'. 6. Un problema irrisolto: l'ordinamento della spesa pubblica. 7. Un problema aggravatosi: i custodi del tesoro. 8. Una debole 'cultura del bilancio'.

1. I soldi di tutti: una vicenda intrigante

L'analisi dei procedimenti mediante i quali le decisioni legislative e amministrative riguardanti l'acquisizione e l'impiego delle risorse finanziarie pubbliche, cioè «i soldi di tutti» (Marzano, 1966), sono adottate all'interno del sistema politico-amministrativo italiano presenta un interesse notevole, in particolare per il giurista.

Provo a giustificare questa affermazione, elencando alcuni fra questi motivi di speciale interesse. I bilanci pubblici sono, unitamente agli istituti – come la riserva di legge – che disciplinano il prelievo, alla base del costituzionalismo europeo (McIlwain, 1947). La natura giuridica della legge di bilancio è stata al centro delle riflessioni dei giuristi in più fasi: nell'epoca della rifondazione su nuove basi della scienza del diritto pubblico, quando i maggiori studiosi s'interrogarono sui presupposti e sulle conseguenze della scelta del cancelliere tedesco Bismarck di non sottoporre, per più anni, il bilancio preventivo all'esame del Parlamento prussiano; tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo, quando Vittorio Emanuele Orlando criticò l'ingerenza parlamentare nel bilancio predisposto dal Governo; in occasione dell'approvazione della Costituzione del 1947; dopo l'introduzione, accanto alla legge di bilancio, della legge finanziaria; a seguito della riforma costituzionale del 2012. Un tema connesso con il bilancio, pur se distinto, è quello dei controlli che la Corte dei conti è richiesta di svolgere sulla sua 'gestione' ai sensi dell'articolo 100, secondo comma, della Costituzione.

Accanto a questi temi, che nessun giurista avrebbe difficoltà a ritenere di rilievo costituzionale, ve n'è un altro della cui importanza – per il diritto, oltre che per la società tutta – solo tardivamente e parzialmente la nostra cultura giuridica ha acquisito consapevolezza. Si tratta dell'ordinamento giuridico della spesa pubblica. Ha avuto scarso seguito, infatti, sia il monito di Massimo Severo

Giannini, negli anni Sessanta del XX secolo, che indicava questo come uno tra i maggiori problemi del moderno diritto pubblico, sia, trent'anni più tardi, l'osservazione di Guido Corso che il consolidamento dello Stato «dispensatore di beni» (Corso, 1990: 109) ha avuto ripercussioni più profonde e più problematiche di quanto sembrasse ai più. Ciò spiega perché la storia italiana di questi ultimi decenni sia contraddittoria e sia di utilità conoscerla per chi – nell'Europa unita o in altre regioni del mondo – abbia un interesse per la comparazione giuridica. È la storia di un Paese che fa parte delle economie capitalistiche avanzate, ma ha il più alto debito pubblico dell'Occidente; che ha una spesa pubblica elevata, ma non riesce a fornire ai propri cittadini e agli imprenditori infrastrutture e servizi degni di una moderna democrazia industriale; che ha una cultura giuridica ultramillenaria, ma che stenta tuttora a trarre le debite conseguenze del mutamento intervenuto nei compiti assunti dai pubblici poteri nel corso del Novecento.

Proprio perché si tratta di una vicenda intrigante, conviene esporla, sia pure sinteticamente, per grandi linee, in modo da chiarire il quadro generale di riferimento, entro cui si collocano varie questioni d'interesse per il giurista. Nel novero di tali questioni, alcune – segnatamente quella della natura giuridica della legge di bilancio – possono considerarsi ormai superate; altre – prima tra tutte, quella dell'ordinamento della spesa pubblica – persistono e anzi assumono un'ancor maggiore rilevanza; altre, ancora, sembrano aggravarsi: è il caso dei custodi del bilancio.

2. Lo Stato liberale e il modello cavouriano: contabilità e controlli

Che dopo la riconquista dell'indipendenza, l'élite che governava il Paese avesse piena consapevolezza della sua vulnerabilità e abbia quindi tentato di porvi rimedio tenendo fermi gli istituti del diritto parlamentare di ceppo inglese – bicameralismo, primazia della Camera bassa, responsabilità ministeriale – ma abbia mutuato dall'esperienza giuridica francese l'armamentario dell'amministrazione pubblica (l'uniformità e l'accentramento; la costruzione degli atti dei pubblici poteri; l'assetto delle tutele, a partire dal 1889), senza peraltro riuscirvi appieno, per via dell'accoglimento delle richieste di norme speciali, di dispense dall'applicazione delle norme generali: queste vicende possono considerarsi così note da esimere dal farvi riferimento in questa sede. È più utile, ai fini che qui interessano, soffermare l'attenzione sugli aspetti che riguardano più direttamente la finanza. Essi sono stati creati o perfezionati dall'artefice dell'unificazione, il conte di Cavour.

Forse ancor più dei discorsi ufficiali di Cavour, è il suo epistolario a rendere compiutamente ragione, al tempo stesso, del suo genio e dell'impegno profu-

so nel disegno delle istituzioni rilevanti per la finanza. Molte tra le lettere scritte tra il 1850 e il 1860 trattano di temi che solo un osservatore superficiale potrebbe ritenere minuti: dalla manutenzione delle strade alla costruzione delle ferrovie e alla realizzazione dei canali irrigui. Da quegli scritti e dagli atti di governo che Cavour adottò o promosse è agevole intendere quanto sia sfuocata – perché inaccurata o mossa da motivi di polemica politica – la rappresentazione dell'amministrazione pubblica, nel periodo liberale, come 'guardiano di notte'. Coerentemente con un'idea di fondo comune ai principali filoni del pensiero liberale, a Cavour premeva evitare che lo Stato effettuasse spese 'improduttive'. Egli promosse l'emanazione di norme volte a renderne trasparente e controllabile la gestione finanziaria aderendo, in sostanza, alla concezione della finanza neutrale. Si può certamente dire che quella concezione si saldava con il ruolo di contenimento della spesa esercitato dal Parlamento, in cui solo alcuni ceti erano rappresentati, non la società tutta. Tuttavia, bisogna aggiungere che quella concezione non era d'ostacolo a che l'amministrazione pubblica assumesse un ruolo d'impulso nella sfera economica, segnatamente promuovendo gli investimenti nelle infrastrutture. Questo fu, segnatamente, il ruolo che Cavour assegnò alla Cassa dei depositi e dei prestiti, incaricata della raccolta del risparmio attraverso gli uffici postali, allo scopo di destinarlo agli investimenti degli enti locali (De Cecco, Toniolo, 2001).

Per rendere trasparente e controllabile la spesa, Cavour ridisegnò la contabilità e i controlli, sfruttando la flessibilità che denotava lo Statuto Albertino. La laconica disposizione dello Statuto sull'approvazione dei bilanci, preventivo e consuntivo, lasciava infatti margini assai ampi al legislatore. È stata, quindi, la normativa primaria a disciplinare i bilanci, tramite la legge proposta da Cavour, in veste di Ministro delle finanze, ossia la legge 23 marzo 1853, n. 1483. L'intavolazione dei bilanci fu stabilita in termini di competenza, seguendo il modello della legge francese del 1838 e di quella belga del 1846. La medesima disciplina fissò i tratti essenziali della c.d. contabilità dello Stato: la distinzione tra l'attività di chi ordina la spesa, di chi la effettua e, infine, di chi la controlla; l'obbligo di redazione dei documenti detti – appunto – contabili necessari per la tenuta dei conti; l'obbligo di rendiconto, con cui si dava attuazione al principio di costituzione in senso materiale enunciato dall'articolo XV della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 («la società ha il diritto di chiedere conto della sua amministrazione ad ogni pubblico funzionario»).

Le leggi con cui fu realizzata l'unificazione amministrativa, nel 1865, lasciarono inalterata questa disciplina, e non modificarono un'altra istituzione creata da Cavour: la Corte dei conti. Lo statista sabaudo l'aveva posta al servizio del Parlamento, quale sua *longa manus*, come si disse in seguito. Diversamente dalla Camera dei conti sabauda, infatti, la Corte riferiva direttamente al Parlamento.

Inoltre, diversamente dalla Camera della Sommaria del Regno di Napoli, svolgeva controlli quasi esclusivamente sulle spese. Entrambe queste caratteristiche furono confermate dalla legge del 1862, con cui fu istituita la Corte dei conti del Regno d'Italia (Sepe, 1984: 233), e dalle vicende successive.

Un cambiamento intervenne qualche anno più tardi, con la legge presentata dal Ministro Luigi Cambray-Digny, che istituì, all'interno del Ministero delle Finanze, la Ragioneria Generale. La nuova disciplina fu completata dal regolamento esecutivo predisposto dal Ministro Quintino Sella, che entrò in vigore nel 1871 e comportò l'istituzione di una ragioneria presso ciascun Ministero. Più tardi, fu emanato il testo unico della legge sull'amministrazione del patrimonio dello stato e sulla contabilità generale¹. Questa locuzione è poco perspicua, ma si è consolidata nell'uso, tanto che la Costituzione, all'articolo 103, se ne serve per individuare l'ambito della giurisdizione spettante alla Corte dei conti². Non è l'unica traccia, nell'impianto originale della Costituzione, della disciplina legislativa meno recente: si pensi, per esempio, al riferimento ai 'bilanci', in ragione della predisposizione di distinti stati di previsione.

3. *Dallo Stato liberale allo Stato dispensatore di beni*

Quanto appena osservato consente di prospettare la questione forse più rilevante per il giurista, peraltro non priva d'interesse anche per chi studi le istituzioni politiche e amministrative da altri punti di vista, come l'economista o il politologo. Si tratta dell'impatto che sulla disciplina della finanza, e in particolare della spesa, ha avuto il mutamento più ampio e profondo intervenuto nel nostro diritto pubblico: la spinta alla realizzazione dell'eguaglianza nel quadro dell'ampliamento della base sociale dello Stato mediante l'estensione dell'elettorato.

Alexis de Tocqueville – nell'opera fondamentale sulla democrazia in America – affermò che nelle democrazie vi è una propensione all'incremento della spesa pubblica più elevata che in altri tipi di reggimenti politici («si l'on voulait établir un parallèle entre une république démocratique et une monarchie absolue [...] on trouverait que les dépenses publiques dans la première sont plus considérables que dans la seconde»: Tocqueville, 1981: 298). Ne individuò la causa principale nella realizzazione dell'eguaglianza. Tre quarti di secolo più tardi, all'inizio dell'età giolittiana, quella dinamica evolutiva fu ben colta da Vittorio Emanuele Orlando, il quale osservò che «il moltiplicarsi dei servizi pubblici ha il suo immancabile ricolpo dal lato finanziario». Ne indicò altresì la conseguenza, cioè la circostanza che «i bilanci degli Stati medesimi sono aumentati in proporzioni prodigiose». Aggiunse un'acuta notazione, ossia che «la finanza da semplice mezzo finisce con [il] prevalere sui fini stessi dello Stato moderno» (Orlando, 1900: XII; Giannini, 1986: 5).

L'importanza di questa notazione, concernente l'inversione nel rapporto di priorità che corre tra i fini e i mezzi dell'azione amministrativa, si manifestò pienamente alcuni decenni più tardi, in conseguenza della Grande Guerra. Durante il conflitto, l'offerta pubblica di beni e servizi si era notevolmente ampliata, ma a caro prezzo, per via dell'incremento della spesa e del debito, nonché del disordine nella tenuta dei conti, provocato dalle innumerevoli deroghe alle regole vigenti. Ciò spiega perché la normativa contabile del 1923-1924, proposta dal Ministro Alberto De' Stefani, sia stata considerata una 'restaurazione finanziaria'³. In effetti, questi atti normativi non modificarono la disciplina sostanziale. Piuttosto, consolidarono il controllo della Ragioneria generale sull'intero insieme delle amministrazioni dello Stato, attraverso gli uffici di ragioneria istituiti presso di esse.

Almeno due aspetti di questa vicenda sono degni di nota. Innanzitutto, questo disegno fu concepito e realizzato dopo la fine del regime politico liberale (1922) e in piena coerenza con l'accentramento amministrativo attorno al vertice del potere esecutivo, di cui fu espressione la legge n. 100 del 1926. Inoltre, agli uffici finanziari furono attribuiti poteri ampi, ma utilizzati soltanto per verificare la legalità e la regolarità della spesa, non la sua proficuità. Esercitando quei poteri, l'amministrazione finanziaria ha, di fatto, condizionato la gestione dei programmi di spesa (Cassese, 1974) o – secondo un altro ordine di concetti – ha provocato la «prevalenza dello studio dei fatti sindacatori su quelli funzionali» (Barettoni Arleri, 1988: 3). Per contro, essa ha tralasciato i profili qualitativi della spesa pubblica che in altre culture sono stati variamente sviluppati (*value for money, bilan coûts/avantages*).

4. Inadeguatezza delle garanzie: un'ipotesi ricostruttiva

L'ipotesi ricostruttiva che le osservazioni appena esposte configurano è la seguente: con l'avvento dello Stato dispensatore di beni, nell'evolversi della Costituzione intesa in senso materiale e *a fortiori* nella Costituzione del 1947 e nella legislazione volta ad attuarla, i dispositivi ereditati dalla tradizione hanno gradualmente esaurito la propria capacità di assicurare che le decisioni aventi ripercussioni per la finanza pubblica fossero adottate con modalità tali da renderne conoscibili e controllabili le implicazioni.

Giova precisare che – contrariamente a un'altra infondata opinione – l'incremento della spesa pubblica in Italia non si è discostato dalle tendenze comuni ai principali Paesi europei. In essi, gli Stati sono passati nel giro di pochi decenni dal disimpegnare prevalentemente funzioni di ordine all'erogare servizi pubblici e, in seguito, al distribuire risorse finanziarie. Di conseguenza, le amministrazioni sono divenute i maggiori intermediari finanziari, raccogliendo più o

meno la metà della ricchezza prodotta. Si è fatta strada, quindi, l'idea che «gouverner c'est dépenser» (Duverger, 1968: 238). Oltre ad aumentare nelle dimensioni, la spesa è stata destinata prevalentemente alle politiche di tipo redistributivo, onde realizzare l'eguaglianza. L'offerta pubblica di servizi quali l'istruzione, la sanità, la previdenza e l'assistenza si è accresciuta. Anche in ciò le serie storiche di dati di cui oggi disponiamo e le analisi svolte da economisti e sociologi su quei dati attestano una convergenza di fondo nelle iniziative prese dai vari Stati per soddisfare una domanda montante, di massa, di prestazioni pubbliche. Insomma, all'inizio dell'ultimo decennio del Novecento, l'ordinamento della spesa non moveva più da una condizione di sottosviluppo quantitativo, si era allineato – quanto all'ordine delle grandezze – ai sistemi della spesa dei Paesi europei più ricchi.

A un confronto internazionale, però, il nostro ordinamento della spesa presentava più di un elemento di debolezza: era singolarmente instabile e scarsamente equo, nonché – come si vedrà più avanti (§ 7) – inidoneo a garantire livelli accettabili di efficienza ed efficacia nella gestione della spesa. La spesa pubblica era, ed è tuttora, instabile perché per un lungo turno di tempo al progressivo incremento della spesa non si è fatto fronte con un corrispondente incremento della pressione fiscale e contributiva. La differenza è stata colmata con l'indebitamento, in vertiginosa ascesa fino al 1994 (più dell'11 per cento del prodotto lordo), e con l'accumulazione di uno stock di debito (più del 124 per cento del prodotto lordo, rispetto al 58 per cento del 1980) che non aveva precedenti – in tempo di pace – nella storia d'Italia, né aveva equivalenti nei principali partner europei.

Come e perché ciò sia accaduto è noto, grazie ai dati allineati da alcune istituzioni pubbliche come la Banca d'Italia e la Corte dei conti, a studi accurati e ai resoconti di chi ha avuto responsabilità di governo nei venti anni precedenti. Innanzitutto, coerentemente con la tradizione, l'articolo 81 della Costituzione aveva configurato il bilancio come atto annuale. Ma il Parlamento approvò sempre più spesso leggi di spesa pluriennali, impedendo che la legge di bilancio (annuale) potesse svolgere una funzione di manovra; di qui l'introduzione della legge finanziaria, ad opera della legge 5 agosto 1978, n. 468. Inoltre, sebbene la legge di bilancio fosse, secondo i più, configurata dalla Costituzione come legge in senso formale, cioè priva della capacità d'introdurre nuove entrate e spese, alla legge finanziaria – che ne condivideva il regime giuridico – si permise d'innovare la legislazione vigente. Il rimedio fu peggiore del male, tanto più che per alcuni anni si ammise il voto segreto sulla legge finanziaria. Si aggiunga che le modalità concretamente seguite per l'approvazione violavano le regole che il Parlamento stesso si era dato, dal momento che le decisioni concernenti le entrate erano approvate dopo quelle concernenti i vari programmi erano stati approvati.

Non ressero neppure gli altri dispositivi costituzionali volti a porre freno alla «tendenza all'aumento incessante della spesa» (Mortati, 1976: 677): l'Assemblea Costituente, rifiutando il modello inglese che vieta l'iniziativa parlamentare in materia di spesa, optò per un vincolo procedurale, imponendo l'obbligo di copertura finanziaria delle leggi di spesa, ma quell'inconveniente di fatto si verificò più volte, soprattutto da quando il Parlamento incluse l'indebitamento tra le fonti di copertura della spesa, con l'avallo della Corte costituzionale⁴. Il Governo ci mise del suo, vincolando la Banca d'Italia ad acquistare i titoli di Stato non collocati sul mercato, vincolo cui pose fine soltanto nel 1980 un illuminato Ministro del Tesoro, Beniamino Andreatta. Il sistema politico e amministrativo italiano costituiva, insomma, un caso esemplare – in negativo – di spesa irresponsabile, prima ancora che eccessiva rispetto alle disponibilità esistenti.

Se si passa dal finanziamento della spesa alla composizione della spesa, ci si accorge subito che in quegli anni essa crebbe in modo squilibrato rispetto ai maggiori paesi europei, sotto due profili. Le spese correnti – finanziate, per anni, anche mediante il ricorso al disavanzo – ebbero incrementi costanti, sopravanzando le spese per investimenti e a volte usando i finanziamenti acquisiti per esse. I bilanci dello Stato e degli altri enti pubblici destinarono risorse ingenti, in termini assoluti e soprattutto relativi, al finanziamento della previdenza sociale e della parte della spesa sanitaria che avvantaggiava la fascia più anziana della popolazione. Non fu istituito, invece, un sistema pubblico volto a sopperire alle carenze contingenti e strutturali dell'occupazione (Cassese, 1986), né un adeguato sostegno alle famiglie, mediante asili nido e assegni familiari⁵.

Si deve constatare, quindi, che i dispositivi di garanzia previsti dalla Costituzione – la legge di bilancio intesa come legge formale, l'obbligo di copertura finanziaria delle leggi di spesa – non hanno retto alla domanda montante, di massa, variegata di spesa pubblica espressa da una società pluriclasse sempre più esigente. Ma bisogna pur dire – però – che quelle garanzie avevano una precisa ragion d'essere nel contesto di uno Stato in cui alla finanza pubblica era assegnato un ruolo 'neutrale' rispetto all'andamento dell'economia, fatta eccezione per gli investimenti nelle infrastrutture essenziali per lo svolgimento delle attività pubbliche, oltre che di quelle private (si pensi alle ferrovie). Il caso italiano, quindi, è emblematico per una ragione almeno: l'Italia, *late comer* tra i Paesi industriali, deve molto del suo sviluppo alla crescita impetuosa della spesa pubblica, ma non è riuscito ad assicurare la tenuta dei dispositivi volti a garantire un fondamentale interesse della collettività, la stabilità della finanza. Ha visto quindi insorgere le contraddizioni prima segnalate senza la gradualità con cui si erano manifestate altrove, le ha viste esplodere soprattutto nel corso degli anni Settanta e Ottanta dell'ultimo secolo.

Si vedrà tra breve come si siano improvvisate e sperimentate soluzioni innovative, a partire dal 1977, con i decreti Stammati, che addossarono allo Stato i debiti accumulati dalle regioni e dagli enti locali. Prima, però, è bene segnalare che l'ipotesi ricostruttiva prospettata è, almeno potenzialmente, valida anche come spiegazione per la perdita di efficacia dei controlli preventivi di legittimità. Anche in ciò, la Costituzione ha conservato gli istituti giuridici propri dello Stato liberale, con i controlli della Corte dei conti sugli 'atti del Governo'. Ma quei controlli avevano un preciso senso all'interno di uno Stato che adottava ogni anno alcune migliaia di atti, non centinaia di migliaia o milioni, come si rilevò all'inizio degli anni Novanta, allorché l'ambito dei controlli preventivi di legittimità fu circoscritto alle sole fattispecie previste dalla legge 19 gennaio 1994, n. 20.

Al netto delle inevitabili differenze d'ordine istituzionale, un discorso simile può forse svolgersi anche per il controllo giurisdizionale. Esso è rimasto al centro delle preoccupazioni e delle trattazioni dei giuristi, a causa della sua vocazione a demolire l'atto impugnato. Ma non è stato in grado di assicurare che sia soddisfatta l'aspettativa dei cittadini a ottenere servizi di qualità più elevata, senza rilevanti discontinuità. Può certamente dirsi che il controllo giurisdizionale non poteva assicurare che quell'aspettativa fosse realizzata. Ma allora bisogna dire anche che in altri ordinamenti si sono previsti strumenti alternativi di risoluzione delle dispute tra i privati e le amministrazioni: dall'amministrazione giustiziale inglese (Balboni, 1986) agli *ombudsman* scandinavi. L'Italia è – invece – tra i pochi Paesi privi di un ombudsman nazionale e ha visto inaridirsi i ricorsi amministrativi. Una verifica sull'adeguatezza dei rimedi esperibili nei confronti dello Stato dispensatore di beni resta da compiere. Essa sarebbe di estremo interesse. Ma non è questa la sede per svolgerla. Nelle pagine che seguono troveranno spazio i distinti e divergenti percorsi della disciplina della finanza e dell'ordinamento della spesa (§§ 5 e 6). Verrà considerato, in seguito, un problema specifico dell'assetto istituzionale italiano: la debolezza dei (pochi) «custodi del tesoro» rispetto ai (molti) «avvocati della spesa» (Wildavsky, 1964: 10 e 1975).

5. La disciplina della finanza pubblica nello Stato 'comunitario'

Relativamente alla finanza, è stata affacciata una tesi, che ha riscosso consensi nelle sedi istituzionali e – in minor grado – nelle sedi scientifiche. La tesi è che il governo della finanza pubblica, pur pagando uno scotto – inevitabile e rilevante, perché tardivo – in termini di crescita alla correzione degli squilibri finanziari ereditati dal passato, abbia ritrovato la virtù nei parametri europei. I consistenti avanzi di bilancio realizzati nel corso dell'ultimo decennio del Novecento, grazie all'incremento del prelievo e alle ingenti dismissioni, avreb-

bero concorso, al prezzo di un temporaneo appannamento della crescita a realizzare il risanamento. Si sarebbe, così, posto rimedio alle scelte improvvise effettuate nel corso degli anni Settanta del XX secolo, alle riforme mancate degli anni Ottanta. Questa lettura edificante, di virtù finanziaria e capacità di decisione e di azione, non regge – però – ad alcune obiezioni sul piano storico e su quello più propriamente giuridico.

È sufficiente un rapido sguardo alle leggi che hanno modificato la disciplina della contabilità nel 1978 e nel 1988, nonché ai regolamenti parlamentari, per rendersi conto che l'ordine giuridico europeo, con i suoi standard e i controlli in funzione di verifica del rispetto di quegli standard, ha consolidato e rafforzato un processo di cambiamento che era già in atto, grazie all'azione illuminata d'una parte della dirigenza politica e amministrativa. Questa ha poi negoziato e gestito – con tecnici di prim'ordine come Guido Carli e Carlo Azeglio Ciampi, nonché con i politici che li hanno scelti e sostenuti – il graduale perfezionamento degli standard e dei controlli europei.

La tesi pecca, altresì, di una semplificazione eccessiva in rapporto alla portata del 'vincolo esterno', indotto dall'ordine giuridico europeo. Questo si manifesta appieno soltanto per quanto concerne la determinazione dell'equilibrio finanziario complessivo, che si esplica all'interno di una cornice giuridica, basata su principi generali (la stabilità della finanza, il divieto dei disavanzi pubblici eccessivi) e standard quantitativi e qualitativi (il divieto di superare una determinata soglia del debito e del disavanzo in rapporto al prodotto lordo, il *favor* per gli investimenti pubblici). L'assunto è che si debba evitare che i governanti nazionali tengano condotte imprudenti (*moral hazard*), per scongiurare il rischio che, in regime di piena mobilità dei capitali, le ripercussioni negative di quelle condotte possano propagarsi all'intera Unione (della Cananea, 1996). Poiché quei principi e quegli standard sono iscritti nei trattati europei, i loro contenuti ed effetti sono sottratti alle scelte delle contingenti maggioranze politiche, diversamente da quanto è accaduto e può tuttora accadere per le norme nazionali. A fini di chiarezza, converrà ricordare che le principali norme primarie che reggono i procedimenti di bilancio possono essere modificati dalle leggi approvate nel corso della sessione di bilancio, che dovrebbe esserne vincolata. Perfino la legge rinforzata prevista dal nuovo testo dell'articolo 81 della Costituzione gode di un trattamento giuridico soltanto sotto il profilo procedurale, diversamente dalle *lois organiques* francesi.

Tuttavia, diversamente da quanto è accaduto con l'adozione di un'unica *lex monetae*, la disciplina europea della finanza si ispira al principio di sussidiarietà. I principi generali, gli standard applicativi, i controlli restringono, non annullano, le possibilità di manovra delle quali i singoli Stati dispongono. Lasciano intatti i margini di scelta discrezionale relativi alla determinazione dei livelli di

tassazione, quelli concernenti la distribuzione della spesa pubblica tra i vari programmi, la possibilità di ricorrere all'indebitamento per finanziare le spese d'investimento. Dunque, pur se essi contribuiscono a diffondere la consapevolezza dell'insostenibilità di alti livelli del debito pubblico e del disavanzo, resta cruciale la capacità dei *policy-makers* nazionali di evitare che le richieste di nuove e maggiori spese semplicemente si sommino ai programmi esistenti, come da noi è purtroppo accaduto in anni non lontani.

La ricostruzione edificante prima criticata è smentita anche dalle vicende del bilancio. La struttura del bilancio statale è rimasta sostanzialmente invariata dall'epoca di Cavour, malgrado numerosi progetti di riordino. Una vera e propria riforma era delineata dal decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29. Essa configurava il bilancio, a fini gestionali, come un insieme di *budgets* messi a disposizione dei dirigenti. Questi avrebbero dovuto servirsene per realizzare gli obiettivi, i programmi che era compito degli organi di direzione politica determinare. Il decreto, all'articolo 14, attribuiva ai dirigenti, segnatamente a quelli in posizione apicale, la piena responsabilità per la gestione finanziaria interna al budget e all'articolo 63, prefigurava bilanci articolati «anche per funzioni e per programmi». Coerentemente con questa impostazione, il Dipartimento della funzione pubblica elaborò un ambizioso progetto di riordino imperniato su tre linee di fondo: la riforma della struttura del bilancio di previsione, la riorganizzazione delle procedure di spesa, l'informatizzazione dei sistemi di pagamento. La gestione del bilancio, in particolare, si sarebbe basata sulla diretta disponibilità delle somme, nei limiti del *budget* assegnato, e sulla correlativa responsabilità dei dirigenti generali. Ma quel progetto fu accantonato dopo l'avvento del sistema elettorale di tipo prevalentemente maggioritario.

Solo apparentemente la legge 3 marzo 1997, n. 94 ha agito nella medesima direzione. Essa ha perseguito due principali finalità: ripristinare una corretta dialettica istituzionale tra il potere governativo e quello parlamentare, alterata dalla proliferazione dei capitoli di bilancio (più di seimila nel 1997) sui quali le Camere erano chiamate a pronunciarsi, e al tempo stesso, attribuire ai dirigenti appositi *budgets* per la realizzazione degli obiettivi e dei programmi. Per realizzare questi scopi, il bilancio statale è stato articolato in poche centinaia di unità previsionali di base, connesse con gli obiettivi e le funzioni, sottoposte all'approvazione parlamentare. Ma la portata innovativa dell'attesa ristrutturazione del bilancio statale è stata ridotta dalla scelta di mantenere – a fianco delle unità previsionali di base – i vecchi capitoli di bilancio, sia pure al limitato fine di rendere possibili verificazioni sull'uso delle risorse. Vi ha influito negativamente, altresì, il disinteresse del Parlamento, che pure avrebbe potuto beneficiarne. Quanto appena osservato torna utile per due scopi: per ribadire un basilare punto di metodo, ossia che gli istituti giuridici non vanno riguardati in sé, ma per

come funzionano in concreto; per prendere atto che l'auspicio (della Cananea, 1996) di un più incisivo controllo parlamentare, svolto non in funzione di denuncia e di scandalo bensì per rendere davvero pubblici i risultati delle gestioni finanziate con il denaro dei contribuenti, non si è realizzato, pur se resta da chiedersi se quell'auspicio possa aver migliore sorte una volta che le opposizioni comprendano che gli spazi per codecidere sono sempre più esigui, irrisori.

In conclusione, prima che la crisi economica e finanziaria – la più grave dopo quella del 1929 – si manifestasse, nel 2007, la disciplina della finanza pubblica aveva subito un'evoluzione trentennale, che ne aveva modificato i tratti strutturali specifici. L'evoluzione poteva leggersi come moto nella direzione in cui i sistemi giuridici dei Paesi europei meglio amministrati si orientavano, come tendenza a convergere. Tuttavia, questa tendenza si manifestava a livello dei principi generali e delle regole concernenti i saldi della finanza, scemava non appena si passava dalla determinazione dei saldi agli atti – primo tra tutti il bilancio – diretti all'allocazione delle risorse disponibili tra i vari programmi di spesa.

6. Un problema irrisolto: l'ordinamento della spesa pubblica

A mano a mano che l'economia pubblica si è ampliata, creando un ampio settore industriale, e la spesa pubblica è aumentata grazie all'offerta di servizi (istruzione, sanità, previdenza e assistenza), arrivando a corrispondere alla metà del prodotto lordo, è cambiato il ruolo dello Stato, che si è esplicitato sempre più nell'amministrare. Ma non è cambiato «ciò che veramente conta nello Stato moderno [ossia] come è ordinata la spesa» (Giannini, 1965: 92).

Il ritardo è tanto più grave, in quanto l'impiego delle risorse finanziarie disponibili segna numerosi e rilevanti scostamenti dai principi generali di efficienza ed efficacia così spesso ribaditi dalla normazione nazionale ed europea. Il problema non è se abbiano funzionato le misure di contenimento della spesa, spesso blande o con effetti differiti nel tempo, soprattutto nel settore della previdenza: è se i modi con cui la spesa pubblica è ordinata siano congrui rispetto alle finalità in vista delle quali il denaro è sottratto ai privati in via coattiva (imposte, tasse, contributi). In altri termini, se ciò che legittima l'esercizio della potestà coercitiva dello Stato è la destinazione delle risorse così acquisite – i «soldi di tutti» – a determinati impieghi, in vista di altrettante finalità pubbliche, il mancato conseguimento di quelle finalità rischia di privare l'azione dello Stato di un fondamentale requisito di legittimità. Poiché il problema è assai complesso, giova considerarlo in termini più articolati e specifici, distinguendo le spese correnti da quelle in conto capitale.

Cominciamo con il considerare la principale giustificazione – la «virtù sovrana» (Dworkin, 2000) – addotta a sostegno di numerosi programmi di spesa: l'e-

guaglianza. Innanzitutto, i criteri che presiedono alla scelta dei beneficiari delle prestazioni pubbliche sono molto eterogenei. In alcuni casi, è sufficiente attestare l'esistenza di una situazione di bisogno; in altri, incluse le borse di studio per l'accesso ai gradi più elevati degli studi, è indispensabile il merito. Anche la rilevazione delle situazioni di bisogno cambia da un settore all'altro. Per esempio, passando dalle prestazioni di tipo assistenziale a quelle di tipo sanitario, si è notato che, ai fini della determinazione della situazione economica che costituisce il presupposto per l'erogazione del beneficio, per le prime assumeva rilievo solo il reddito, per le seconde anche il patrimonio (Caroli Casavola, 131). Nemmeno la nozione di nucleo familiare, cui fanno riferimento diverse norme primarie, è fissata una volta per tutte, bensì subisce variazioni: talvolta se ne può intendere la ragion d'essere (per esempio, la variazione dei parametri per individuare la consistenza del nucleo familiare, ai fini dell'iscrizione agli asili nido per categorie svantaggiate di bambini), altre volte, è arduo comprenderla. *Last but not least*, se a giustificare l'erogazione di determinate prestazioni, segnatamente quelle di tipo sanitario, è il bisogno, ci si può chiedere se non sia eccessivo, ingiustificato e tutto sommato incoerente con il pubblico interesse il rilievo che è attribuito a un elemento meramente fattuale, come l'ordine temporale di presentazione della richiesta. Non a caso, questo criterio meccanico è bilanciato dall'intensità del bisogno ai fini dell'accesso alle prestazioni urgenti (pronto soccorso). Non lo è, invece, per le prestazioni di tipo specialistico, per le quali i tempi di prenotazioni sono oltre tutto variabili da una regione all'altra.

Come e più delle attività volte alla determinazione dei criteri e dei parametri di riferimento, le istruttorie svolte dalle pubbliche amministrazioni per accertare il possesso dei requisiti prestabiliti e per stabilire – ove occorra – graduatorie tra i soggetti che hanno diritto a ricevere i benefici pubblici presentano disfunzioni e non di rado vere e proprie anomalie. Le cronache locali e nazionali sono prodighe di esempi, a volte eclatanti, di abusi. Ma quel che è più grave non sono i casi patologici, che possono darsi anche in altri sistemi amministrativi: è, piuttosto, la noncuranza con cui le amministrazioni effettuano le verificazioni cui le norme primarie e secondarie subordinano l'erogazione delle prestazioni pubbliche o non le effettuano. Per esempio, ai fini dell'erogazione dei contributi regionali per gli asili nido, prima ancora delle norme, è anzitutto il buon senso a richiedere che per prima cosa si accerti quanti studenti vi siano iscritti, ma non è infrequente che questa attività sia discontinua o manchi del tutto. Una situazione analoga è riscontrabile per un'altra situazione nella quale lo Stato dispensa beni: l'accesso all'edilizia residenziale pubblica. Poiché il criterio di bisogno cui le norme fanno riferimento impone di discernere le «condizioni abitative più precarie», esse introducono un elemento valutativo, che consente la formulazione di giudizi discordanti da un amministratore all'altro. La consente, a

maggior ragione, se quei giudizi devono essere formulati in termini non obiettivi, ma soggettivi, ossia facendo riferimento alla capacità del singolo richiedente di eliminare o attenuare autonomamente la situazione di disagio in cui vive.

Né varrebbe obiettare che è difficile soddisfare una domanda di beni e servizi in continua espansione e differenziazione, per cui si potrebbe fare di più e di meglio soltanto se le risorse finanziarie fossero disponibili in maggiore quantità. Anzitutto, l'assunto che le risorse disponibili per il settore pubblico possano aumentare indefinitamente è smentito dalle difficoltà finanziarie in cui gli Stati moderni versano. Inoltre, quanto si è finora osservato mostra che i criteri e le modalità con cui i vari beni sono dispensati dalle amministrazioni al fine di rimuovere o attenuare le situazioni d'ineguaglianza sovente non permettono loro di conseguire quel fine ultimo. All'opposto, producono ulteriori disuguaglianze. Non è detto, pertanto, che il destinare maggiori risorse finanziarie consentirebbe di conseguire quel fine.

Sempre dall'angolo visuale dell'eguaglianza, la necessità di modificare regole di azione e prassi consolidate si impone anche in conseguenza della riforma costituzionale del 2011. Infatti, una volta stabilito – con il nuovo testo dell'articolo 117, secondo comma – che si devono determinare standard per tutte le prestazioni riferite ai diritti civili e sociali e che – quanto alla competenza – spetta allo Stato provvedervi, non si può fare riferimento alla spesa storica. Si deve prendere atto della necessità di abbandonare il criterio del finanziamento della spesa storica. Di conseguenza, bisogna effettuare una selezione, indicando priorità e scansioni temporali. Con l'ulteriore conseguenza che l'allocazione delle risorse iscritte nei bilanci pubblici deve subire un mutamento di prospettiva. Si tratta di passare da un'allocazione delle risorse riferita ai soggetti che le gestiscono a un'allocazione riferita alle funzioni da svolgere.

Il problema della congruità dei mezzi rispetto ai fini si manifesta anche in rapporto alle spese in conto capitale. Ai fini che qui interessano, il problema non è se vi siano anomalie e abusi nella realizzazione delle opere di pubblico interesse: ve ne sono, infatti, tanto in Paesi meglio amministrati del nostro, quanto in Paesi che non esitano a comminare sanzioni d'inaudita severità, inclusa la pena capitale, per quegli abusi. Il problema è se gli istituti della normazione positiva siano funzionali rispetto agli scopi per i quali l'amministrazione è autorizzata a spendere il pubblico denaro. Dai dati di cui disponiamo emergono due disfunzioni: la spesa programmata per le infrastrutture, che nel 2012 era in contrazione rispetto al passato ed era notevolmente inferiore rispetto alla media europea (1,6 per cento del prodotto lordo rispetto al 2,2) è contraddistinta da tempi più lunghi e da costi che lievitano progressivamente, nell'assenza di rigorosi riscontri dei risultati. Inoltre, i progetti finanziati dal Fondo europeo di sviluppo regionale sono eseguiti in tempi quasi doppi e con spese più alte (più di un terzo,

in media, rispetto ai preventivi)⁶. Un esempio è illuminante: la realizzazione del sistema di paratie volto a salvaguardare Venezia dai flussi delle maree. I lavori per la costruzione del sistema di salvaguardia sono stati avviati nel 1987; quelli per il sistema di paratie nel 2003 e dovevano concludersi nel 2016; il costo stimato all'inizio era di 1,3 miliardi di euro, esso è stato elevato a 2,3 miliardi nel 1999, alla fine dovrebbe attestarsi sulla soglia dei 5,5 miliardi.

Individuate le disfunzioni, bisogna indagarne le cause. Da più parti si segnalano gli inconvenienti della sempre maggiore complessità del sistema amministrativo italiano, in cui è richiesto l'intervento di istituzioni che agiscono ai vari livelli di governo (locale, regionale e nazionale). Ma altri Paesi hanno sistemi amministrativi altrettanto, se non più complessi, per cui ci si dovrebbe interrogare sul come essi riescano a governare la complessità e sul perché ciò risulti così arduo da noi. Inoltre, non va trascurata una causa più specifica, ossia l'esistenza di numerose e variabili regole e di più momenti di controllo.

Dicendo ciò, beninteso, non si prende posizione contro la regola della formalizzazione della spesa pubblica, per cui occorre sempre un atto formale dell'autorità pubblica volto a determinare l'entità della spesa a fini di conoscibilità e – così – di controllo: la controllabilità della spesa pubblica è, infatti, un principio di costituzione materiale comune alle democrazie liberali. S'intende, piuttosto, constatare che il sistema contabile italiano è congegnato in modo tale da rendere le procedure finanziarie 'vischiose'. Un economista del rango di Federico Caffè utilizzò questa espressione in un duplice senso. Da un lato, rilevò che le regole amministrative sono «causa di lentezze e ritardi non sempre giustificabili con effettive esigenze di controllo e che investono almeno tre fasi: la scelta del contraente; la programmazione e la progettazione delle opere; la erogazione della spesa» (Caffè, 1968: 156). Dall'altro lato, aggiunse, lentezze e ritardi non erano dovuti solo alle regole amministrative, ma anche «alla *minuziosa e non di rado viziosa spirale* che procedure complesse impongono agli organi amministrativi preposti alla loro esecuzione». Nel complesso, le regole che disciplinano la spesa per investimenti e le modalità con cui sono interpretate e applicate compromettono il tempestivo utilizzo delle risorse stanziare, in funzione anticiclica (ossia per correggere l'andamento negativo del ciclo economico); ritardano il momento del pagamento, esponendo i creditori a rischi; non di rado comportano, quindi, un incremento della spesa.

Diversi anni più tardi, nel 1981, per porre mano a problemi di questo tipo si istituì la Commissione tecnica per la spesa pubblica, ufficio dotato d'uno statuto autonomo all'interno del Ministero del tesoro, con compiti di studio e consulenza. Essa assolse egregiamente a questo compito, fornendo analisi della spesa e proposte di riordino. Ma fu inopinatamente soppressa nel 2003, all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo titolo V della Costituzione, prevalendo nel-

le sedi istituzionali la convinzione che bastasse concentrare gli sforzi in direzione del federalismo fiscale, in vista del quale venne istituita una «alta commissione». La realtà ha poi dimostrato che, sebbene sia legittimo attendersi che la realizzazione del federalismo fiscale giovi alla soluzione dei problemi riguardanti le modalità in cui le spese pubbliche sono determinate ed effettuate, quei problemi superano la dimensione dei rapporti che si instaurano tra i diversi livelli di governo. Essi chiamano in causa le scelte relative agli interessi da tutelare e i mezzi per farlo, richiedono nuovi e più soddisfacenti criteri di organizzazione e funzionamento dei pubblici uffici. Si tratta, infatti, di realizzare una revisione della spesa. È con questa espressione che viene tradotta la locuzione *spending review*, che alcuni anni or sono si è affermata negli ordinamenti anglosassoni. È bene cominciare con il chiarire gli aspetti che contraddistinguono la revisione della spesa sotto il profilo del metodo, per poi considerarne le applicazioni e i risultati.

In punto di metodo, la revisione della spesa è connotata da tre caratteristiche innovative e specifiche rispetto ad alte tecniche ipotizzate o sperimentate in passato, come, per esempio, lo *zero base budgeting*, della quale Aaron Wildavsky mostrò il fallimento trent'anni or sono. La prima è che, in vista delle difficoltà finanziarie in cui versano i pubblici poteri, si rende necessario liberare risorse dagli impieghi non più necessari o inefficienti. La seconda consiste nel mettere in discussione non la destinazione finale della spesa (giustizia, ordine pubblico, istruzione), ma le modalità con cui viene effettuata. Infine, l'istruttoria non è effettuata, per dir così, 'contro' l'amministrazione, ma con essa. D'altronde, come tutte le analisi dei politologi e dei sociologi hanno mostrato, non basta che le proposte di riordino siano accolte dai decisori politici: è indispensabile che i nuovi comportamenti ritenuti doverosi entrino a far parte del bagaglio culturale delle pubbliche amministrazioni.

Queste caratteristiche sono presenti nelle regole adottate nell'ordinamento italiano, pur se – come si vedrà – è mancata l'indispensabile continuità. La revisione della spesa è stata introdotta in via sperimentale nel 2007. I primi risultati, ottenuti nel corso di alcune sperimentazioni, hanno consentito di dare rigore metodologico ed evidenza empirica a notazioni sovente effettuate, come la inadeguata organizzazione degli uffici giudiziari e la semplice impossibilità che effettuino attività di ricerca gli atenei italiani che dedicano interamente i propri bilanci alle spese per il personale. Ciò richiede, in concreto, di «esaminare le strutture organizzative e le norme procedurali di ogni ministero con l'idea di "smontare e rimontare" la macchina pubblica, tentando di individuare come conseguire gli stessi risultati o risultati migliori con strutture più leggere, procedure più semplici»⁷. Purtroppo, però, nonostante i promettenti risultati conseguiti nell'arco di un anno e mezzo, la revisione della spesa è stata interrotta nel 2008, per essere poi ripresa nel 2011, nell'urgenza d'una crisi finanziaria inusi-

tata. I governi che si sono succeduti hanno nominato e confermato un apposito commissario straordinario. Esso ha richiesto alle amministrazioni elementi conoscitivi, ricevendoli in molti casi ma non in tutti. Ha contribuito a precisare meglio i problemi esistenti, in particolare l'esistenza di innumerevoli centri di spesa, in conseguenza del più accentuato pluralismo che denota il sistema amministrativo intervento. Ha prospettato iniziative per porvi rimedio. Ma è stato congedato prima di conseguire risultati significativi.

Si tratta, comunque, d'una metodologia innovativa, con molti interessanti spunti di ordine concreto. In particolare, essa sottolinea i limiti delle misure volte al contenimento della spesa. Quelle misure, si osserva, hanno successo se hanno effetti generali, non limitati a un singolo comparto di spesa e una ristretta cerchia di beneficiari. Ma hanno successo a condizione d'inserirsi in un disegno di razionalizzazione degli apparati pubblici. In difetto di questa condizione, le misure tese al contenimento della spesa rischiano di non produrre gli effetti attesi o di dare luogo a effetti di segno opposto. È il caso dei tagli e dei blocchi delle assunzioni. L'indicazione che da ciò essere tratta, in positivo, consiste nel circoscrivere le misure volte al contenimento della spesa, per privilegiarne la revisione complessiva. Esula dai compiti di un'analisi prettamente giuridica il chiedersi se ciò possa influire sugli andamenti dell'economia. Si può prendere atto, semplicemente, delle risultanze degli studi economici che – con differenze di dettaglio – accertano la rilevanza delle specifiche ripercussioni di un ordinamento giuridico più acconcio per l'economia.

7. Un problema aggravatosi: i custodi del tesoro

Le considerazioni abbozzate nei paragrafi precedenti sollevano un'altra questione, rilevante per il diritto. La questione è se vi siano stati sviluppi, ed eventualmente, di quale segno nell'assetto complessivo dei rapporti che corrono – per usare la terminologia introdotta da Wildavsky negli studi sulla finanza pubblica – tra i «custodi del tesoro» e gli «avvocati della spesa». Queste due locuzioni designano – rispettivamente – le istituzioni cui spetta garantire che gli interessi generali della collettività, segnatamente l'equilibrio finanziario complessivo e la proficuità della spesa, siano adeguatamente valorizzati nel corso dei procedimenti d'indirizzo e di gestione e le amministrazioni e gli enti che curano gli interessi dei singoli e dei gruppi a ottenere benefici (Wildavsky, 1964: 10 e 1975).

L'assetto istituzionale italiano, sia pure con alterne vicende in ciascuna delle fasi che esso ha attraversato, è stato denotato dalla debolezza dei (pochi) «custodi del tesoro» rispetto ai (molti) «avvocati della spesa». Vi hanno influito l'assenza di una protezione costituzionale specifica per il Ministro del tesoro o delle finanze, analoga a quella prevista dalla *Grundgesetz* tedesca, e soprat-

tutto di un organismo parlamentare paragonabile – nelle attribuzioni formali e soprattutto nel ruolo esercitato nella realtà effettuale – al *Public Accounts Committee* inglese: ne costituiscono altrettante ed eloquenti dimostrazioni le poco partecipate occasioni in cui gli organismi rappresentativi discutono le risultanze dei controlli svolti dalla Corte dei conti. Si aggiunga che, sebbene il Ministro dell'economia e delle finanze sia da alcuni osservatori considerato una specie di *secundus inter pares* all'interno del Consiglio dei ministri, per l'ampiezza dei poteri del dicastero e per l'autorevolezza personale di quanti hanno ricoperto l'incarico, esso ha risentito negativamente del progressivo decentramento della spesa pubblica, che ha indebolito il suo braccio principale, la Ragioneria generale dello Stato. Agiscono nella medesima direzione due ulteriori sviluppi, riguardanti il sistema dei controlli e il ruolo della Corte costituzionale.

Può essere di qualche utilità, per comprendere meglio l'assetto attuale, indicare sia i tratti salienti di quello precedente, sia le ragioni per cui esso è stato modificato.

Il vecchio sistema di controllo risaliva ai fondatori dello Stato italiano. Mentre fu Cavour, a promuovere l'istituzione della Corte dei conti del Regno di Sardegna, fu Rattazzi, nel 1859, a promuovere l'adozione della legge sulle amministrazioni comunali e provinciali (Forti, 1915: 607 sgg.). Se nella prima legge si manifestava l'ispirazione liberale di Cavour, l'altra legge si ispirava a un modello 'liberale' rispetto a quelli precedenti, pur se strutturato in modo gerarchico: il Ministro dell'interno vigilava sulle province e il prefetto, con l'aiuto di queste, sui comuni. A questo modello si è ispirata, in buona sostanza, la Costituzione, che agli articoli 125 e 130 configurava il sistema dei controlli 'a cascata', secondo un moto discendente: dallo Stato alle regioni e da queste agli enti locali. Ciò spiega la principale obiezione mossa a quel modo di concepire i controlli: il potenziale e non di rado attuale contrasto con l'autonomia costituzionalmente garantita a quegli enti. Per completezza, è da aggiungere che i controlli previsti riguardavano gli atti, non consentivano di elaborare rappresentazioni adeguate delle gestioni finanziarie pubbliche e dei risultati conseguiti (Cassese, 1993). Per queste ragioni, i controlli preventivi sugli enti territoriali sono stati prima ridotti, come quelli sugli atti del Governo, e in seguito eliminati. Il problema è che tutte le amministrazioni avrebbero dovuto dotarsi di uffici di controllo interno, aventi il compito di promuovere il buon andamento, sotto il controllo di secondo grado attribuito alla Corte dei conti. Ma sovente gli uffici di controllo funzionano in modo episodico, hanno bassi livelli di produttività, anche per via dell'insufficiente livello di autonomia e di dotazioni finanziarie di cui dispongono. Soprattutto, soltanto in alcuni ambiti essi evidenziano disfunzioni, sprechi di denaro pubblico, malversazioni. Altrove, a rilevarli è la Corte dei conti in

sede giurisdizionale, cioè come giudice della responsabilità. Dunque, se non è poco quel che si è fatto, molto resta da fare.

Quanto alla Corte costituzionale, fino a pochi anni or sono si poteva tentare di riassumere la sua giurisprudenza in materia finanziaria secondo un andamento di tipo dialettico. A una fase iniziale, corrispondente al primo decennio dall'effettivo avvio dell'azione della Corte, ispirata a un certo rigore, sarebbe seguita – a partire dalla già ricordata sentenza n. 1 del 1966 – una fase in cui la Corte costituzionale non ha esitato ad avallare talune richieste di accesso ai benefici pubblici da parte di schiere più ampie rispetto a quelle individuate dal legislatore, anche mediante sentenze additive di spesa. Un'ulteriore fase sarebbe iniziata nel 1992, cioè dal momento in cui la Corte si è confrontata con le misure volte a contenere le spese del settore pubblico, stabilendo mano a mano una serie di criteri specifici, come la durata limitata nel tempo dei sacrifici richiesti a determinate categorie di soggetti, oltre a quelli generali, come la ragionevolezza e la proporzionalità. Poiché di criteri specifici di questo tipo può parlarsi solto dagli anni Novanta del secolo appena trascorso, cioè del medesimo periodo in cui ha iniziato a manifestarsi il 'vincolo esterno' sulla finanza pubblica, si può essere tentati di scorgere in ciò la manifestazione di una crescente consapevolezza dell'importanza del valore rappresentato dalla stabilità della finanza, intesa in senso sistemico. Non mancano riferimenti alle norme dell'Unione europea, ai parametri da essa messi a punto, ai controlli svolti in funzione di osservanza. Pure, accanto a pronunce che sottolineano l'istituzione di un nuovo sistema della finanza pubblica, valorizzando i raccordi tra la disciplina europea e nazionale, ve ne sono altre di segno diverso. Si tratta di pronunce contraddistinte, più che dal riconoscimento di diritti incompressibili almeno nel loro nucleo essenziale, dall'assenza di un bilanciamento tra gli interessi in gioco (come la recente sentenza n. 70 del 2015) e finanche di richiami al nuovo testo degli articoli 81 e 97 della Costituzione, i quali fanno riferimento all'equilibrio della finanza e alla sostenibilità del debito.

Una lettura incrociata di tali tendenze può essere la seguente. Il governo della finanza, per effetto di un processo di riforma trentennale, consolidato dall'avvento dell'Unione economica e monetaria, ha subito una profonda evoluzione, che lo ha reso più coerente con i principi condivisi dai Paesi europei meglio amministrati. Ma i custodi del tesoro non si sono rafforzati. All'opposto, vi sono segnali di indebolimento: nel rapporto tra centro e periferia, tanto che ci si può chiedere se sia possibile far convivere il trasferimento di funzioni e poteri alle istituzioni dell'Unione con un ulteriore decentramento della spesa, che rende difficili i controlli da parte dello Stato; nel rapporto tra gli interessi del pubblico, cioè della società tutta, e gli interessi particolari.

8. Una debole 'cultura del bilancio'

Nel secolo e mezzo trascorso dalle leggi di unificazione amministrativa la finanza ha sperimentato un'alternanza di paradigmi: dalla finanza neutrale alla finanza funzionale; dal *deficit spending* d'ispirazione keynesiana al contenimento del disavanzo e del debito per evitare che inducano disfunzioni nei mercati.

Tuttavia, di rado questi mutamenti sono stati assecondati dall'alterazione delle disposizioni costituzionali. Il fatto si presta a opposte letture. Può apprezzarsi la capacità della disciplina costituzionale di adeguarsi a ogni mutamento d'indirizzo, di convivere con esso. Può, all'opposto, criticarsi l'incapacità dell'ordinamento di esprimere principi coerenti con le reali modalità di finanziamento e di gestione della spesa pubblica.

In entrambi i casi, ciò chiama in causa non solo le responsabilità della Politica, ma anche quelle dei giuristi. In passato, si è osservato che i maggiori studiosi del diritto amministrativo e costituzionale non dedicarono neppure una riga alla riforma del 1923, perché «si considerava che la materia della contabilità pubblica non avesse rilevanza di carattere scientifico» (Giannini, 1988); che i manuali del primo trentennio successivo all'entrata in vigore della Costituzione hanno, se hanno soddisfatto esigenze concrete, non hanno contribuito al progresso scientifico della materia (Buscema, 1970). Lo hanno impedito la scarsa comprensione dei fenomeni economici da parte della cultura giuridica, la stessa configurazione della disciplina giuridica come 'contabile', il suo evolversi in base a scelte dei *policy-makers* più che a esigenze di tipo sistematico.

Resta da chiedersi se istituti giuridici più perfezionati e un più attento vaglio da parte della cultura giuridica avrebbero potuto favorire la formazione di una più solida cultura del bilancio, se avrebbero potuto prevenire l'esplosione del debito pubblico, se avrebbero potuto giovare all'affermarsi di una più diffusa attenzione per la qualità dei servizi erogati dalle pubbliche amministrazioni: quesiti, questi, che non hanno perso valore con riferimento alle tendenze in atto.

Note

- ¹ Il primo atto normativo menzionato è la legge 22 aprile 1869, n. 5026, seguita dal regolamento emanato con r.d. 4 settembre 1870, n. 5852, l'ultimo è il testo unico emanato con r.d. 17 febbraio 1884, n. 2016.
- ² Nella giurisprudenza costituzionale, non mancano oscillazioni in merito alla portata di tale locuzione, a volte considerata meno ampia rispetto a quella precedentemente attribuita alla Corte dei conti (sentenza 19 gennaio 1984, n. 1), altre volte – almeno potenzialmente – più ampia (sentenza 26 giugno 1970, n. 110).
- ³ Si tratta del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e del regolamento di esecuzione dell'anno successivo (r.d. 23 maggio 1924, n. 827). Più tardi, con la legge 26 luglio 1939, n. 1037, si è proceduto al riordinamento della Ragioneria Generale dello Stato.
- ⁴ Corte costituzionale, sentenza n. 1 del 1966.
- ⁵ Commissione per lo studio delle compatibilità macroeconomiche, *Rapporto finale*, giugno 1997.
- ⁶ Banca d'Italia, *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, Roma, 2011.
- ⁷ Ministero dell'economia e delle finanze – Commissione tecnica per la finanza pubblica, *La revisione della spesa pubblica. Rapporto 2008*, Roma, 2008: 13.

Riferimenti bibliografici

- Allegretti U. (a cura di) 1995, *I controlli amministrativi*, il Mulino, Bologna.
- Amato G. 1976, *Economia, politica e istituzioni in Italia*, il Mulino, Bologna.
- Balboni E. 1986, *Amministrazione giustiziale*, Cedam, Padova.
- Barettoni Arleri 1988, *Contabilità pubblica*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma.
- Benvenuti F. 1954, *Il controllo mediante richiesta di riesame*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 377 sgg.
- Buscema S. 1970, *Trattato di contabilità pubblica*, Giuffrè, Milano.
- Cassese S. 1976, *Finanza e amministrazione pubblica* (ed. orig. 1974), ora in *L'amministrazione dello Stato*, Giuffrè, Milano: 85 sgg.
- 1986, *L'incompletezza del welfare State in Italia*, in *Politica del diritto*, 2: 253 sgg.
- 1993, *I moscerini e gli avvoltoi. Sistema dei controlli e riforma della Costituzione*, in *Il corriere giuridico*: 217 sgg.
- Corso G. 1990, *Lo stato come dispensatore di beni. Criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Sociologia del diritto*.
- De Ioanna P. 1992, *Parlamento e spesa pubblica*, il Mulino, Bologna.
- della Cananea G. 1996, *Indirizzo e controllo della finanza pubblica*, il Mulino, Bologna.
- Duverger M. 1968, *Finances publiques*, PUF, Paris (VI ed.).
- Dworkin R. 2000, *Sovereign Virtue. The theory and practice of equality* (trad. it. *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano).
- Forte C. 1992, *La riforma del bilancio in Parlamento: strumenti e procedure*, Morano, Napoli.
- Forti U. 1915, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in *Trattato Orlando*, II, S.E.I., Milano.
- Giannini M.S. 1965, *Osservazioni critiche sull'ordinamento della pubblica spesa*, in *Lo sperpero del pubblico denaro*, Giuffrè, Milano.
- 1985, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, il Mulino, Bologna.
- 1988, *Origini e caratteristiche della normativa contabile del 1923-24*, in R. Perez (a cura di), *Il completamento della riforma della contabilità pubblica*, Giuffrè, Milano: 15 sgg.
- Gneist R. (von) 1997, *Gesetz und Budget* (ed. orig. 1888), trad. it. a cura di C. Forte, Giuffrè, Milano.
- Marzano C. 1966, *I soldi di tutti. Un invito a conoscere il bilancio dello Stato*, Edindustria editoriale, Roma.
- McIlwain C.H. 1947, *Constitutionalism – Ancient and Modern*, Cornell University Press, Ithaca (NY) (II ed.).
- Mortati C. 1976, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova (IX ed.).
- Orlando 1900, *Introduzione*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, S.e.i., Milano.
- Salvemini G. 2004, *I guardiani del bilancio*, Marsilio, Venezia.

- Sepe O. 1984, *Note sulla legge istitutiva della Corte dei conti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*
- Tocqueville A. 1981, *De la democratie en Amerique* (ed. orig. 1835), a cura di F. Furet, Flammarion, Paris.
- Wildavsky A. 1964, *The Politics of the Budgetary Process*, Little Brown, Toronto.
- 1975, *Budgeting: A Comparative Theory of the Budgetary Process*, Little Brown, Toronto.

IL FINANZIAMENTO PUBBLICO DELL'ECONOMIA: POSSIBILITÀ, CONDIZIONI E LIMITI

Gabriele Bottino

SOMMARIO – 1. Delimitazione, contenuto e scopo dell'indagine. 2. I dati. 2.1 Premessa. 2.2 Le agevolazioni (concesse ed erogate) e gli investimenti agevolati. 2.3 Il Fondo di Garanzia. 3. L'Unione europea. 3.1 Premessa. 3.2 I fondi strutturali e di investimento. 3.3 Gli «aiuti di Stato». 4. L'Italia. 4.1 Premessa. 4.2 Le competenze legislative e le funzioni amministrative. 4.3 La legislazione statale. 4.4 La legislazione regionale. 5. Il procedimento diretto alla attribuzione del finanziamento pubblico. 5.1 Premessa. 5.2 I criteri e le modalità. 5.3 Le procedure. 5.4 Gli obblighi di pubblicità e trasparenza. 6. La giurisdizione.

1. Delimitazione, contenuto e scopo dell'indagine

L'ampiezza e la complessità del tema impongono alcune precisazioni introduttive.

In primo luogo, l'indagine è limitata ai finanziamenti pubblici destinati alle attività economiche e produttive (più semplicemente, ai finanziamenti pubblici riservati alle imprese). Risultano pertanto esclusi dalla indagine i finanziamenti pubblici alle persone fisiche, così come le forme di partecipazione al capitale di società a partecipazione pubblica.

Inserita all'interno della riflessione sul 150° anniversario delle 'leggi sulla unificazione amministrativa', l'indagine trae da questa occasione il suo scopo¹: nel trattare i contenuti or ora evidenziati, si avrà infatti cura di evidenziare il carattere unificante o frammentario delle odierne discipline di riferimento. Sarà così possibile dare atto dei 'livelli' (territoriali, settoriali e procedurali) nei quali il finanziamento pubblico alle imprese assume ad oggi caratteristiche unitarie ed accentrate ovvero riveste, al contrario, elementi di differenziazione ed autonomia.

Una ulteriore, importante, precisazione: la nozione di 'finanziamento pubblico' cela notevoli insidie semantiche, sia in ordine al sostantivo ('finanziamento'), che alla sua aggettivazione ('pubblico'). Il 'finanziamento' costituisce infatti, così come osservato dalla dottrina che si è costantemente occupata del tema, una categoria generale al cui interno sono disseminate denominazioni che individuano molteplici istituti, tra loro non sempre nettamente distinguibili: finanziamenti *stricto sensu*, incentivi finanziari, sovvenzioni, aiuti, ausili, sussidi, contributi, agevolazioni, esenzioni (Annesi, 1968: 527 e 1976: 211; Bachelet, 1971: 271; Basilavecchia, 2001: 48; Carabba, 1970: 963; Cassese, 2004: 23-24;

Castaldi, 1998: 84; Cossu, 1989: 1; Croci, Pericu, 1990: 244; Fonderico, 2007a: 24; Lubrano, 2008; Manzella, 2003: 3729 ss.; Moliterni, 2010: 1; Pericu, 1967 e 1971; Serrani, 1971; Tonetti, 2006: 550).

Alla stessa maniera l'aggettivazione ('pubblico') attesta il fatto che la risorsa economico-finanziaria proviene da enti pubblici, senza tuttavia specificare precisamente la qualificazione dell'ente pubblico erogatore: se ente territoriale (statale, regionale o locale), o non territoriale (economico, non economico, funzionale).

2. I dati²

2.1. Premessa

La rilevazione dei dati si riferisce agli anni dal 2008 al 2013.

Gli interventi di sostegno alle attività economiche e produttive sono le 'agevolazioni', gli 'investimenti agevolati' e le 'prestazioni in garanzia', concessi dallo Stato e dalle Regioni. Sono invece esclusi gli interventi pubblici per le infrastrutture, e gli interventi di sostegno al settore agricolo.

Le agevolazioni ricomprendono: *a*) i 'contributi' (in conto capitale, in conto esercizio ed in conto interessi), «che consistono nell'erogazione di somme di denaro per le quali non sussiste l'obbligo di restituzione»³; *b*) le 'agevolazioni fiscali', che consistono nella riduzione o nel differimento del pagamento delle imposte; *c*) i 'contributi misti' (forme combinate di contributi a fondo perduto e prestiti agevolati), per la parte di essi relativa al contributo senza obbligo di restituzione.

Gli investimenti agevolati sono rappresentati da: *a*) 'finanziamenti agevolati (o diretti)', che «possono essere definiti come prestiti di somme di denaro, con obbligo di rimborso per le imprese beneficiarie a condizioni più favorevoli di quelle di mercato»⁴; *b*) 'partecipazioni al capitale di rischio', che costituiscono «un'agevolazione finanziaria nella misura in cui il tasso di rendimento richiesto dall'ente pubblico è inferiore a quello ritenuto congruo da un investitore privato operante in normali condizioni di mercato»⁵; *c*) i 'contributi misti', per la parte di essi relativa ai finanziamenti agevolati.

Le prestazioni in garanzia consistono nella creazione, ad opera dello Stato, di un apposito «Fondo di Garanzia» diretto a «facilitare l'accesso delle imprese al sistema creditizio, mediante la concessione di garanzie su finanziamenti che altrimenti [e senza la garanzia statale] non sarebbero stati accordati [...] o sarebbero stati accordati a condizioni meno favorevoli»⁶.

Gli interventi di sostegno sono inoltre suddivisi per ambiti settoriali ed aree tematiche, macro-categorie corrispondenti a «obiettivi di politica industriale»⁷, perseguiti dallo Stato e dalle Regioni: 'Ricerca, Sviluppo ed Innovazione'

(R&S&I), 'Internazionalizzazione', 'Nuova Imprenditorialità', 'Sviluppo Produttivo e Territoriale'.

2.2. *Le agevolazioni (concesse ed erogate) e gli investimenti agevolati*

I dati complessivi (pari alla somma degli interventi statali e regionali) mostrano, negli anni 2008-2013, una riduzione estremamente consistente⁸. La principale causa di questa contrazione consiste nel drastico ridimensionamento degli interventi statali, non compensato da un correlato aumento degli interventi regionali (i quali tuttavia, progressivamente e ad oggi, risultano complessivamente superiori agli interventi statali)⁹.

Nel corso dei sei anni considerati: le agevolazioni concesse registrano una riduzione pari al 58%; le agevolazioni erogate una riduzione del 34%; gli investimenti agevolati si sono ridotti del 69%¹⁰. Prevalgono gli interventi a favore delle 'Piccole e Medie Imprese' (PMI), pari a circa 16,5 miliardi di euro (il 74,4% del totale), rispetto ai circa 5,7 miliardi di euro a sostegno delle 'Grandi Imprese' (GI). Dall'anno 2010, il volume economico-finanziario degli interventi regionali supera quello degli interventi statali.

La ripartizione degli interventi all'interno dei predetti «obiettivi di politica industriale» mostra come, nel 2013, le agevolazioni statali e regionali riguardano prevalentemente lo 'Sviluppo Produttivo e Territoriale' (1,5 miliardi di euro di agevolazioni concesse, e 980 milioni di euro di agevolazioni erogate), e la 'R&S&I' (1,4 miliardi di euro di agevolazioni concesse, e 1,5 miliardi di euro di agevolazioni erogate). Più in particolare, tuttavia, gli interventi regionali sono maggiormente rivolti a sostenere lo 'Sviluppo Produttivo e Territoriale', mentre gli interventi statali prevalgono in riferimento alla 'Internazionalizzazione' ed alla 'Nuova Imprenditorialità'.

Tra il 2008 ed il 2013 emerge inoltre un significativo mutamento (correlato alla riferita, drastica, riduzione degli interventi statali): nell'anno 2008 gli interventi statali prevalevano infatti, rispetto agli interventi regionali, in ognuno dei quattro «obiettivi» ('Sviluppo Produttivo e Territoriale', 'R&S&I', 'Internazionalizzazione' e 'Nuova Imprenditorialità'); negli anni successivi, e nel 2013, gli interventi regionali assumono invece una incidenza preponderante, rispetto agli interventi statali, nello 'Sviluppo Produttivo e Territoriale', mentre equivalgono (ancora agli interventi statali) nella 'R&S&I'¹¹.

Estremamente interessante, anche se non lusinghiero per l'Italia, il dato relativo al rapporto tra la spesa complessiva (statale e regionale) per gli interventi a sostegno delle imprese, ed il prodotto interno lordo (anno 2012): posta la media europea (EU a 27 Stati membri) di tale rapporto pari allo 0,52%, l'Italia si posiziona soltanto allo 0,37%, ben lontana dalla Germania (0,53%) e dalla Francia (0,74%)¹².

2.3. Il Fondo di Garanzia¹³

Istituito ad opera dell'art. 2, comma 100, lett. *a*), l. 23.12.1996, n. 662, il Fondo è stato oggetto di numerosi e recenti interventi normativi¹⁴, diretti a semplificarne il funzionamento e ad ampliare il novero dei soggetti beneficiari¹⁵.

Nel periodo temporale 2007-2013 le operazioni complessivamente garantite dal Fondo sono state 295.407, i nuovi finanziamenti attivati ammontano a circa 46 miliardi di euro, di cui 25 miliardi di euro garantiti dal Fondo; nell'anno 2013, a fronte di 77.236 richieste accolte (nell'anno 2012 erano state 61.410), i finanziamenti attivati sono stati pari a circa 11 miliardi di euro, con circa 6,4 miliardi di euro di garanzie del Fondo¹⁶.

Con riferimento alle dimensioni delle imprese, ancora negli anni 2007-2013, il maggior numero di domande accolte riguarda le 'microimprese' mentre, in termini di volumi finanziari delle garanzie prestate dal Fondo, prevalgono le 'piccole imprese'¹⁷.

In relazione ai settori di attività economiche e produttive delle imprese che hanno avuto accesso al Fondo (sempre per il periodo 2007-2013), il maggior numero di richieste accolte riguarda il comparto 'industria' (131.466 richieste, pari al 45% del totale), cui fanno seguito i comparti 'commercio' (117.857 richieste, 40%) e 'servizi' (45.258 richieste, 15%)¹⁸.

Per ciò che concerne la tipologia di garanzia concessa ('garanzia diretta' o 'controgaranzia'), nei medesimi anni 2007-2013¹⁹: *a*) in termini di richieste accolte, prevalgono le 'controgaranzie'²⁰; *b*) osservando invece il volume finanziario delle garanzie concesse, si assiste ad una inversione di tendenza: dalla originaria e netta prevalenza delle 'controgaranzie', si transita ad un'altrettanto netta preferenza per le 'garanzie dirette'²¹.

Infine, e riguardando la distribuzione territoriale (Nord, Centro, Mezzogiorno) delle imprese che hanno beneficiato dell'accesso al Fondo²²: *a*) negli anni 2007-2013, ed in ordine alle richieste accolte: Nord = 142.229 (48%); Mezzogiorno = 99.187 (36%); Centro = 53.991 (18%)²³; in merito ai volumi finanziari (in miliardi di euro): Nord = 25,4 (55%) (finanziamenti garantiti) e 12,8 (51%) (garanzie concesse); Mezzogiorno = 13 (28%) (finanziamenti garantiti) e 8,5 (34%) (garanzie concesse); Centro = 8 (17%) (finanziamenti garantiti) e 4 (15%) (garanzie concesse); *b*) nell'anno 2013, per le richieste accolte: Nord = 39.300 (51%); Mezzogiorno = 21.372 (28%); Centro = 16.564 (21%); circa i volumi finanziari (in miliardi di euro): Nord = 6,6 (finanziamenti garantiti) e 3,8 (garanzie concesse); Mezzogiorno = 2,4 (finanziamenti garantiti) e 1,7 (garanzie concesse); Centro = 1,9 (finanziamenti garantiti) e 1 (garanzie concesse).

3. *L'Unione europea*

3.1. *Premessa*

L'indagine sui finanziamenti destinati alle attività economiche e produttive, all'interno dell'ordinamento europeo, è compiuta attraverso due direttrici: la disciplina ed il funzionamento dei 'fondi strutturali e di investimento', ed il tema degli 'aiuti di Stato'.

La scelta di queste direttrici discende in primo luogo dalla loro stretta correlazione²⁴, di poi dal fatto che entrambe testimoniano la capacità dell'ordinamento europeo di costituire, nel tempo, un costante fattore di unificazione ed accentramento delle politiche di sostegno pubblico alle imprese. I 'fondi strutturali e di investimento' assumono ancora una fondamentale rilevanza quantitativa, spesso non appieno sfruttata (per incapacità programatorie ed organizzative) dalle Amministrazioni italiane. Gli 'aiuti di Stato', nella loro evoluzione di divieti e compatibilità, sono a loro volta in grado di disegnare una netta linea di demarcazione tra le attività economiche e produttive da incentivare (in quanto considerate destinazione di una efficiente allocazione delle risorse pubbliche), e le attività per le quali l'incompatibilità dell'aiuto pubblico è indice del disvalore che viene loro attribuito all'interno del mercato, unico e concorrenziale, europeo.

3.2. *I fondi strutturali e di investimento*

Tra gli strumenti che l'Unione europea dedica al finanziamento delle attività economiche e produttive, i 'fondi strutturali e di investimento' hanno tradizionalmente assunto, e continuano a svolgere, un ruolo preponderante per qualità e quantità del sostegno. Si tratta di strumenti capaci di garantire un elevato grado di unificazione della disciplina e nel contempo di preservare, in ossequio al principio di sussidiarietà, l'autonomia degli Stati membri (Boncinelli, Caretti, 2007; Vacca, 1997: 550; Zerboni, 2007: 6 sgg.).

Unificazione ed uniformità che si riscontrano: *a)* nella nozione di 'finanziamento pubblico', consistente nella messa a disposizione, da parte della UE, di risorse monetarie dirette a cofinanziare le analoghe risorse stanziare dagli Stati membri; *b)* nella forma giuridica (regolamenti europei) e nella stabilità temporale (ad oggi, gli anni dal 2014 al 2020) delle fonti normative che disciplinano i medesimi fondi.

Autonomia e responsabilità degli Stati membri (e, ivi, delle loro amministrazioni territoriali: statali, regionali e locali) che sono chiamati dapprima ad individuare le strategie, le finalità e gli ambiti di intervento, di poi a gestire, con-

trollare, recuperare e rendicontare le risorse economiche e finanziarie destinate al sostegno delle imprese²⁵.

Il quadro normativo europeo di riferimento assume, ad oggi, una consistente stabilità. A completamento della disciplina generale introdotta da un recente regolamento²⁶, ulteriori e singoli regolamenti (coevi al predetto regolamento generale) dettano le discipline dedicate a ciascun fondo²⁷. Il sostegno alle attività economiche e produttive innerva tanto gli «obiettivi tematici» della disciplina generale²⁸, quanto le singole discipline settoriali²⁹.

I meccanismi dei finanziamenti alle imprese possono essere così sinteticamente ricostruiti. I fondi strutturali e di investimento europei (Fondi SIE) intervengono attraverso 'programmi pluriennali' (ora riferiti al periodo temporale 2014-2020), ed in funzione complementare rispetto alle azioni, intraprese all'interno dei singoli Stati, dalle Amministrazioni centrali e territoriali³⁰. Le risorse economiche provenienti dai Fondi SIE fanno parte della 'gestione concorrente' (tra gli Stati membri e la Commissione) del bilancio UE, con la conseguenza che i compiti gestori (attribuzione, controllo, recupero e rendicontazione) delle medesime risorse sono interamente delegati alle Amministrazioni nazionali (centrali, regionali e locali)³¹. Le operazioni di sostegno poste in essere mediante i Fondi SIE devono essere conformi al diritto europeo³²: da qui il necessario divieto, e con specifico riferimento al finanziamento delle attività economiche e produttive, di attivare forme di sostegno contrarie alla disciplina in materia di 'aiuti di Stato'³³. Ognuno dei Fondi SIE persegue gli undici «obiettivi tematici» elencati nell'art. 9 del Reg. UE n. 1303/2013: tali obiettivi costituiscono le «priorità» specificamente assegnate a ciascun fondo³⁴.

Al fine di poter accedere alle risorse dei Fondi SIE ciascuno Stato membro, all'interno di un 'Quadro Strategico Comune', elabora un 'Accordo di Partenariato' (anch'esso ora riferito al predetto periodo temporale 2014-2020) da sottoporre alla approvazione della Commissione UE (mediante propria 'decisione')³⁵. La concreta destinazione delle risorse dei Fondi SIE è rimessa, all'esito di tale *iter*, alla predisposizione di appositi 'programmi operativi' nazionali. Elaborati ancora dagli Stati membri (pur sempre a copertura del periodo 2014-2020), e sottoposti alla approvazione della Commissione UE (ancora mediante 'decisione'), il contenuto dei programmi deve essere conforme all'Accordo di Partenariato, nonché alle disposizioni normative contenute all'interno dei regolamenti dedicati ai singoli Fondi SIE³⁶. La decisione con la quale la Commissione UE adotta ciascun 'programma operativo' fissa il 'tasso di cofinanziamento' e l'importo massimo del sostegno fornito dai Fondi SIE³⁷: più in particolare, il 'tasso di cofinanziamento' può di regola variare³⁸ tra il 50 e l'85% della spesa ammissibile all'interno del relativo programma³⁹.

Da ultimo, e con riferimento al versante nazionale (Zerboni, 2007: 66 sgg.), è necessario ricordare che la competenza in merito alle «direttive generali per il proficuo utilizzo dei flussi finanziari, sia comunitari che nazionali», alla relativa indicazione delle «quote per Amministrazioni competenti», nonché ai «criteri generali per il controllo della spesa», è in Italia ancora affidata al CIPE⁴⁰: ad esso spetta l'essenziale funzione di individuare annualmente le risorse economiche del cofinanziamento nazionale da destinare alle risorse provenienti dai Fondi SIE⁴¹.

3.3. *Gli «aiuti di Stato»*

Mai come in questi ultimi anni, ed in specie a fronte della profonda e continua crisi economico-finanziaria che ha investito gli Stati membri dell'Unione europea, il tema degli 'aiuti di Stato' si dimostra essere il paradigma di quella «comunitarizzazione della politica di incentivazione dell'attività economica» che attenta dottrina aveva, più di venti anni addietro, già preconizzato (della Cananea, 1993: 436; Buzzacchi, 2013: 100). È così che il «dilemma» degli aiuti di Stato (Triggiani, 2013: 42), tra incompatibilità-divieto e legittimità-autorizzazione, affida alle istituzioni europee (e, tra di esse, al ruolo predominante della Commissione) il «delicato compito di modulare sapientemente limiti e possibilità di concessione» del sostegno economico e finanziario alle imprese (Triggiani, 2013: 43).

Ben consci dell'impossibilità di affrontare esaustivamente il complesso argomento, oggetto di una costante attenzione dottrinale alla quale è necessario affidare ogni ulteriore approfondimento (Alemanno, 2006; Brancasi, 2010; Buzzacchi, 2013; della Cananea, 1993; Fonderico, 2007b: 28 sgg.; Lubrano, 2008; Manzella, 2003: 3780 sgg.; Malinconico, 2007; Triggiani, 2013), l'intendimento è quello di delineare le tendenze attuali della disciplina degli 'aiuti di Stato', in rapporto alla evoluzione storica della medesima disciplina.

Come prima riflessione, il quadro di riferimento degli «aiuti concessi dagli Stati»⁴² alle proprie imprese nazionali ha costituito, ed ancora oggi non cessa di costituire, il fattore più unificante (accentrato nel 'livello' europeo) in ordine alle possibilità, alle condizioni ed ai limiti dei finanziamenti pubblici destinati alle attività economiche e produttive.

Unificazione data dalla tenuta nel tempo delle fonti normative (gli articoli 107 e 108 del T.F.U.E., ed i relativi regolamenti applicativi), dalla permanente manutenzione affidata agli atti della Commissione UE (le 'comunicazioni' dirette ad esprimere gli orientamenti generali, e le 'decisioni' sulla ammissibilità dei singoli aiuti), nonché dal ruolo di controllo e chiusura del sistema affidato al giudice europeo e nazionale. Unificazione persistente anche nella nozione estremamente lata di 'aiuto', diretta a ricomprendere (sebbene attraverso una prag-

matica sempre esemplificativa e casistica) «un beneficio di qualsiasi natura che, attribuito direttamente o indirettamente da un'autorità pubblica a specifiche imprese pubbliche o private, alteri l'equilibrio legalmente predisposto nei rapporti commerciali fra due o più Stati causando un danno rilevante sull'economia di un determinato settore produttivo o merceologico» (Triggiani, 2013: 20).

Unificazione che peraltro rifugge da ogni sclerosi anelastica.

È lo stesso T.F.U.E. che dimostra ancora ad oggi la «non assoluta incompatibilità» degli aiuti di Stato con il mercato unico europeo (Triggiani, 2013: 21), e la preferenza per una operazione attentamente selettiva. Posta la regola della «incompatibilità [degli aiuti di Stato] con il mercato interno» dell'Unione europea, sono tuttavia (ivi, e contestualmente) dapprima determinate le condizioni generali poste alla base di questa incompatibilità⁴³, e sono di poi individuati tanto gli «aiuti compatibili di pieno diritto»⁴⁴, quanto gli «aiuti potenzialmente compatibili»⁴⁵.

Ed è ancora il T.F.U.E. ad implementare una «procedura di controllo»⁴⁶, sugli aiuti esistenti (così come sulle relative modifiche), e sugli aiuti di nuova istituzione, che assomma in sé elementi di rigore e ampi spazi discrezionali (Triggiani, 2013: 31 sgg.). Estremo rigore in ordine alla previa ed indispensabile 'notifica' alla Commissione, da parte del singolo Stato membro, di aiuti nuovi o modificati⁴⁷; ed in merito all'obbligo (ancora per il singolo Stato): *a*) di non dare attuazione (*standstill*) all'aiuto, prima della emanazione di una decisione positiva da parte della Commissione⁴⁸; *b*) di provvedere alla modificazione, alla soppressione ed al recupero di ogni aiuto non notificato, ovvero «attuato in modo abusivo», e dunque dichiarato dalla Commissione (pur sempre con propria 'decisione') «incompatibile con il mercato interno»⁴⁹. Spazi discrezionali che viceversa si manifestano sia nel «dialogo istruttorio» tra la Commissione e gli Stati membri, in sede di verifica della compatibilità dell'aiuto con le norme del Trattato⁵⁰, sia (e soprattutto) nell'ampio margine valutativo concesso alla Commissione nell'adottare le 'decisioni' dirette a dichiarare la compatibilità-incompatibilità del singolo aiuto nazionale (margine di apprezzamento discrezionale la cui ampiezza è determinata dai corrispondenti limiti posti, agli organi giurisdizionali europei, nel sindacare tali decisioni, Triggiani, 2013: 37-38).

Su questa disciplina generale di riferimento, così ad oggi recata (riproducendo il testo dei precedenti artt. 87 e 88, Trattato CE) negli artt. 107 e 108 T.F.U.E., si pongono i regolamenti europei diretti alla applicazione dei medesimi artt. 107 e 108. Le recenti modifiche intervenute su questi testi regolamentari testimoniano la necessità di adeguare il quadro di riferimento degli 'aiuti di Stato' ad un contesto imprenditoriale e produttivo profondamente mutato (ed in continua mutazione), soprattutto in ragione della persistente crisi economico-finanziaria.

Si tratta di tre 'blocchi' regolamentari, rispettivamente dedicati agli 'aiuti di Stato orizzontali', agli 'aiuti *de minimis*', ed alla 'procedura di controllo' sugli aiuti esistenti, modificati e nuovi.

Il Reg. CE 7.5.1998, n. 994⁵¹, autorizza la Commissione, mediante propri regolamenti: *a*) a dichiarare le 'categorie' di aiuti di Stato (cosiddetti 'aiuti orizzontali') compatibili con il mercato comune (e dunque non soggetti all'obbligo di preventiva notifica alla Commissione UE, in ordine alla loro istituzione da parte degli Stati membri)⁵²; *b*) a dispensare dal medesimo obbligo di previa notifica alcuni aiuti, a condizione che gli aiuti concessi ad una stessa impresa, in un determinato arco di tempo, non superino un importo prestabilito (cosiddetti 'aiuti *de minimis*')⁵³.

La disciplina degli 'aiuti orizzontali', dapprima recata all'interno del Reg. CE 6.8.2008, n. 800, è ora contenuta nel Reg. UE 17.6.2014, n. 651⁵⁴: le 'categorie' di aiuti tassativamente elencate nell'art. 1⁵⁵ sono esentate dall'obbligo di preventiva notifica alla Commissione UE, a condizione che non superino determinate soglie (anche cumulative) di importo monetario (artt. 4 e 8), che rispettino il requisito della 'trasparenza' (art. 5), che abbiano un 'effetto di incentivazione' (art. 6), e che siano adeguatamente resi pubblici da ciascuno Stato membro (art. 9).

La disciplina degli 'aiuti *de minimis*' è ora dettata all'interno del Reg. UE 18.12.2013, n. 1407⁵⁶: a fronte di un campo di applicazione tendenzialmente generale (l'art. 1 individua infatti soltanto gli aiuti tassativamente esclusi dal medesimo ambito applicativo), la regola di riferimento (art. 3, par. 2) consiste nel fatto che «l'importo complessivo degli aiuti *de minimis* concessi da uno Stato membro a un'impresa unica non può superare 200.000 euro nell'arco di tre esercizi finanziari». Stante, anche in questa fattispecie, l'esenzione dall'obbligo preventivo di notifica dell'aiuto alla Commissione UE, gli artt. 5 e 6 del medesimo Reg. n. 1407/2013 individuano apposite modalità dirette a limitare il 'cumulo' degli aiuti, ed a disporre idonei adempimenti che gli Stati membri devono osservare in sede di concessione, ad una impresa, di un aiuto *de minimis*.

Alla 'procedura di controllo' sugli aiuti esistenti, modificati e nuovi, è riferibile il terzo 'blocco' di regolamenti europei, specificamente diretti all'applicazione dell'art. 108 T.F.U.E. Si tratta del Reg. CE 22.3.1999, n. 659⁵⁷ e del Reg. CE 21.4.2004, n. 794⁵⁸. Spetta dunque a questi due provvedimenti normativi (il Reg. n. 794/2004 costituisce esecuzione delle disposizioni generali recate nel Reg. n. 659/1999) il compito di definire le nozioni di 'aiuto esistente' (e, per conseguenza, la nozione di 'modifica' di un aiuto già esistente), di 'nuovi aiuti', di 'aiuti illegali' e di 'aiuti attuati in modo abusivo'⁵⁹. A ciò si aggiunge: *a*) la disciplina delle procedure di controllo che la Commissione UE pone in essere in relazione ad ognuna delle predette tipologie di aiuto⁶⁰; *b*) il correlato regime di informazione e controllo (mediante 'relazioni annuali' e 'controlli *in loco*')⁶¹;

c) le forme di pubblicazione delle decisioni adottate dalla Commissione UE, e concernenti la dichiarazione di compatibilità («decisione positiva»), ovvero la dichiarazione di incompatibilità («decisione negativa»), dell'aiuto di Stato con il mercato comune⁶²; d) l'obbligo per gli Stati membri, a fronte di 'decisioni negative' relative a casi di aiuti illegali, di attuare la decisione (la «decisione di recupero») con la quale la Commissione UE impone allo Stato membro interessato «di adottare tutte le misure necessarie per recuperare l'aiuto dal beneficiario [che lo ha percepito]», fatta eccezione per l'ipotesi in cui il medesimo recupero «sia in contrasto con un principio generale del diritto comunitario»⁶³ (Triggiani, 2013: 33-36).

Volendo coniugare la sintesi dell'indagine con le necessarie esigenze di completezza, è da ultimo necessario dare conto dell'importanza crescente che, in tema di 'aiuti di Stato', assumono ad oggi le 'comunicazioni' della Commissione UE (Buzzacchi, 2013; Triggiani, 2013: 31). Una importanza molteplice, e diretta a perseguire finalità tra loro strettamente correlate. Il contenuto delle 'comunicazioni' intende in primo luogo orientare gli Stati membri (unitamente alle imprese destinatarie degli 'aiuti') sulle tipologie di aiuti compatibili con il mercato comune: limitandoci alle fattispecie più recenti, ciò è avvenuto sia con riguardo a specifici settori imprenditoriali (il settore bancario⁶⁴, *in primis*, Buzzacchi, 2013: 82-91; Tonetti, 2009: 659 sgg.), sia allo scopo di apprestare un «quadro di riferimento temporaneo (17 dicembre 2008-31 dicembre 2011) per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica»⁶⁵ (Buzzacchi, 2013: 91-92; Triggiani, 2013: 27-28). Ancora ad apposita 'comunicazione', la Commissione UE ha affidato l'enunciazione della necessità di ammodernare la disciplina degli 'aiuti di Stato', concentrando le procedure di controllo «sui casi con il maggiore impatto sul mercato interno», «razionalizzando il quadro normativo di riferimento ed adottando decisioni più rapide»⁶⁶ (Buzzacchi, 2013: 94; Triggiani, 2013: 30).

Se, fin qui, le finalità delle 'comunicazioni', non minore importanza rivestono gli effetti che esse sono in grado di originare. Stante la coincidenza tra l'istituzione da cui promana la 'comunicazione' e l'istituzione cui spetta la decisione definitiva sulla ammissibilità del singolo 'aiuto di Stato', è evidente l'effetto di 'autolimité' che la Commissione UE, emanando la 'comunicazione', impone ai propri poteri decisionali (ampiamente discrezionali, come si è osservato), anche in conseguenza del fatto che la 'comunicazione' può assurgere a parametro del conseguente sindacato giurisdizionale sulle medesime 'decisioni', operato dal Tribunale e dalla CGUE (Triggiani, 2013: 31 e, *ivi*, i relativi riferimenti giurisprudenziali).

Di poi, e soltanto richiamando un argomento di ben maggiore ampiezza e complessità (Galetta, 2009: 47 sgg. e 72 sgg.; Greco, 2000), dalla 'comunicazione' possono discendere effetti di 'tutela dell'affidamento legittimo' (sorto in

capo al destinatario dell'aiuto, a seguito della 'comunicazione', sulla legittimità del medesimo aiuto) che possono retroagire, ancora in punto di giurisdizione (questa volta sia innanzi agli organi giurisdizionali europei, che a quelli nazionali), sul recupero di 'aiuti di Stato' comunque dichiarati dalla Commissione UE incompatibili con il mercato unico europeo (Triggiani, 2013: 31, 34 e 36-37, che puntualmente ricorda (34, 37) come la CGUE abbia rigorosamente escluso la formazione di qualsivoglia «affidamento legittimo» in presenza di 'aiuti di Stato' concessi senza previa notifica alla Commissione).

4. *L'Italia*

4.1 *Premessa*

Se, come si è sin qui osservato, l'ordinamento europeo ha costantemente rappresentato, e costituisce ancora ad oggi, un 'livello' di forte unificazione ad accentramento, in merito alla disciplina ed alle modalità di finanziamento pubblico delle attività economiche e produttive, l'ordinamento italiano si pone (almeno a far data dalla istituzione delle Regioni a statuto ordinario) esattamente agli antipodi.

La frammentazione, la disomogeneità, e dunque l'autonomia in ordine alle competenze legislative ed amministrative in materia di finanziamento pubblico alle imprese, costituiscono un dato certo ed incontestabile. Frammentazione che si può innanzi tutto riscontrare nell'assoluta sproporzione relativa al numero degli interventi di sostegno attivati all'interno dei differenti livelli di governo statale e regionale⁶⁷. E frammentazione che assume una ancora più spiccata valenza (se così si può aggettivare) 'interna' alle stesse forme di finanziamento pubblico: una volta individuato il livello territoriale (l'origine 'pubblica': centrale, regionale, locale) cui spetta l'istituzione, la messa a disposizione delle risorse economiche, e la gestione della singola forma di sostegno imprenditoriale, ognuna di queste forme assume infatti denominazioni (contributi, sovvenzioni, agevolazioni, sussidi, garanzie, solo per esemplificare tra gli innumerevoli sostantivi utilizzati), destinatari (piccole e medie imprese, grandi imprese, imprese individuali, ancora soltanto in via esemplificativa), e finalità (territoriali, occupazionali, o tematiche: ambiente, ricerca ed innovazione, internazionalizzazione, tra le più rilevanti), che è materialmente impossibile sistematizzare.

In sintesi, la nozione di 'finanziamento pubblico' delle attività economiche e produttive, così come essa è implementata nell'ordinamento giuridico-amministrativo italiano, consente di individuare la provenienza 'pubblica' delle risorse a ciò impiegate, anche attraverso i cofinanziamenti europei, dallo Stato, dalle Regioni, dagli Enti locali (e dagli organismi, enti e società, comunque riconduci-

bili a tali Amministrazioni territoriali), ma non consente invece di classificare sistematicamente né la tipologia, né l'oggetto, e nemmeno la finalità cui ascrivere il singolo 'finanziamento'.

Né d'altronde, se non forse in misura estremamente limitata, un tentativo di uniformità ed accentramento può essere adempiuto da quelli che sono stati esattamente definiti alla stregua di «fattori esogeni» (Fonderico, 2007a: 23), e dunque soltanto 'esterni', al sistema dei finanziamenti pubblici alle imprese: ci riferiamo in particolare a quelle norme costituzionali (l'art. 41 e l'art. 117, primo comma) che impongono il rispetto, nella creazione di ogni ausilio finanziario al tessuto imprenditoriale, di limiti sì precettivi, ma altrettanto sfuggitivi al vaglio della Corte costituzionale. L'art. 41 Cost., all'interno dei cui strumenti («programmi e controlli», terzo comma) è stato tradizionalmente ricondotto il finanziamento pubblico dell'attività economica privata (Brancasi, 1974; Fonderico, 2007a: 23; Galgano, 1982: 1 sgg.; Giannini, 1995: 177 sgg.; Merusi, 2013: 92 sgg.; Niro, 2006: 846 sgg.; Ramajoli, 2008: 121 sgg.) impone infatti, come ben noto, il rispetto della 'riserva di legge' e la funzionalizzazione del finanziamento «a fini sociali»: limiti che lo Stato e le Regioni, per così dire, non hanno alcuna difficoltà a rispettare, sul presupposto che ogni incentivo finanziario alle imprese viene sempre istituito tramite un apposito (ma frammentario) provvedimento legislativo che reca costantemente, al proprio interno, un esplicito (talora anche implicito) riferimento al perseguimento di finalità sociali altrettanto frammentarie. Per sua parte l'art. 117, primo comma, Cost., imponendo (limite altrettanto notorio) alla legislazione statale e regionale il rispetto dei «vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» (e dunque, nel caso dei finanziamenti pubblici alle imprese, in specie la disciplina europea in materia di 'fondi strutturali e di investimento', e di 'aiuti di Stato' (Fonderico, 2007a: 23), esaminata nel precedente par. 3), pone un limite che si situa soprattutto all'interno dei rapporti istituzionali tra Stato-Regioni e Commissione UE, e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

A conferma del fatto che le predette disposizioni normative sono in grado di assicurare alla Corte costituzionale un vaglio soltanto 'debole', la Consulta, in ordine alla costituzionalità delle leggi statali e regionali istitutive di finanziamenti pubblici alle imprese, ha infatti di regola preferito, ai 'larghi' parametri degli art. 41, e 117, primo comma, Cost., il preminente dettato dell'art. 3 Cost. (Gallo, 2009: 2820 sgg.; Spuntarelli, 2009: 1478 sgg.)⁶⁸.

4.2 Le competenze legislative e le funzioni amministrative

Il 'finanziamento pubblico alle attività economiche e produttive' non è mai assunto né al rango di 'materia', discriminante il riparto della competenza legi-

slativa tra lo Stato e le Regioni, tanto meno a 'settore' di ripartizione-conferimento delle funzioni amministrative tra lo Stato, le Regioni e gli Enti locali⁶⁹.

Ne discende la necessità di riferire il tema ad altre 'materie' e 'settori'.

Nel testo originario della Costituzione, e successivamente alla istituzione delle Regioni a statuto ordinario, la competenza legislativa era fortemente ancorata allo Stato. La legislazione regionale (e negli stretti varchi disegnati dall'art. 117, primo comma) poteva adiuvare economicamente e finanziariamente le imprese servendosi di poche e scarse 'materie': il turismo e l'industria alberghiera, l'agricoltura e le foreste, l'artigianato. Sul versante delle funzioni amministrative, era invece già possibile intravedere un maggiore margine regionale (Gizzi, 1977: 29 sgg. e 49 sgg.): ancor più che all'interno del Titolo IV (*Sviluppo economico*)⁷⁰, spettava al Titolo VI (*Disposizioni finali e transitorie*) del d.p.r. n. 616/1977 trasferire alle Regioni le funzioni concernenti le «agevolazioni al credito»⁷¹, e riformare la disciplina dei «fondi nazionali di rotazione»⁷².

La situazione muta profondamente nel momento in cui viene innescato (negli anni 1997-2001) il processo di riscrittura del Titolo V, Parte II, Cost. (Arsi, 2000: 201 sgg.; Fonderico, 2007a: 24; Manzella, 2003: 3756 sgg.): è in questo preciso momento che il finanziamento pubblico delle attività economiche e produttive assume una frammentarietà, normativamente voluta e pienamente implementata.

Dapprima attraverso il conferimento (mediante il Capo III, «Industria», in specie artt. 17-19, d.lgs. n. 112/1998), alle Regioni ed agli Enti locali, delle funzioni e dei compiti amministrativi sino a quel momento spettanti allo Stato. Individuate (art. 17) le funzioni amministrative concernenti la materia 'industria' (Travi, 1998: 98 sgg.), ed ivi abbracciando la massima parte delle attività economiche e produttive⁷³, la frammentazione delle competenze amministrative in tema di finanziamento pubblico alle imprese è cagionata dalla distinzione tra le funzioni ed i compiti «conservati allo Stato» (art. 18) (Avanzini, 1998: 87 sgg.), e le funzioni «conferite alle Regioni e agli Enti locali» (art. 19) (Avanzini, 1998: 94 sgg.; Tonoletti, 1998: 98 sgg.).

Sono infatti conservate allo Stato le funzioni amministrative concernenti: *a*) la determinazione dei criteri generali per la concessione, per il controllo e per la revoca di agevolazioni, contributi, sovvenzioni, incentivi, benefici di qualsiasi genere all'industria, nonché per la raccolta dei dati e delle informazioni relative a tali operazioni (anche allo scopo di monitorare e valutare l'efficacia degli interventi realizzati)⁷⁴; *b*) la concessione di agevolazioni, contributi, sovvenzioni, incentivi, benefici di qualsiasi genere all'industria, in presenza di «attività di o interventi di rilevanza economica strategica», ovvero di «attività valutabili solo su scala nazionale per i caratteri specifici del settore o per l'esigenza di assicurare un'adeguata concorrenzialità fra gli operatori»⁷⁵; *c*) la concessione di

agevolazioni, anche fiscali, di contributi, incentivi, benefici per attività di ricerca, disposti utilizzando le risorse disponibili per le aree depresse⁷⁶; *d*) la gestione del «fondo speciale per la ricerca applicata», e del «fondo speciale rotativo per l'innovazione tecnologica»⁷⁷; *e*) la gestione del «fondo di garanzia» di cui all'art. 2, comma 100, l. 23.12.1996, n. 662⁷⁸; *f*) le prestazioni, i servizi, le agevolazioni e la gestione dei fondi destinati alle agevolazioni destinate alla assicurazione ed al finanziamento dei crediti inerenti alla esportazione delle merci e dei servizi, alla esecuzione di lavori all'estero, ed alla cooperazione economica e finanziaria in campo internazionale (di cui alla l. 24.5.1977, n. 227), nonché la relativa determinazione delle tipologie e delle caratteristiche delle operazioni ammissibili al contributo e delle condizioni, modalità e tempi della loro concessione⁷⁹; *g*) l'attuazione delle misure in favore della «imprenditoria femminile» (legge 25.2.1992, n. 215, ad oggi abrogata e sostituita dal d.lgs. 11.4.2006, n. 198) e della «imprenditorialità giovanile nel Mezzogiorno» (d.l. 30.12.1985, n. 786, conv. in l. 28.2.1986, n. 44)⁸⁰; *h*) l'attuazione delle misure dirette alla disciplina organica dell'intervento nel Mezzogiorno e, ivi, alle agevolazioni alle attività produttive (d.l. 22.10.1992, n. 415, conv. in l. 19.12.1992, n. 488)⁸¹; *i*) la concessione di sovvenzioni ed ausili finanziari ai soggetti operanti nel settore della cinematografia (legge 4.11.1965, n. 1213, ad oggi abrogata e sostituita dal d.lgs. 22.1.2004, n. 28)⁸².

Sono invece trasferite alle Regioni ed agli Enti locali, in via residuale, tutte le funzioni amministrative non riservate allo Stato ivi comprese, nei settori diversi da quelli precedentemente enumerati nelle lettere da *a*) ad *i*) (in quanto settori conservati alla competenza statale), le funzioni amministrative concernenti la «attuazione degli interventi della Unione europea»⁸³.

Tra le funzioni amministrative oggetto del trasferimento sono incluse, in particolare, le funzioni inerenti⁸⁴: *a*) la concessione di agevolazioni, contributi, sovvenzioni, incentivi e benefici di qualsiasi genere all'industria: quelli per le piccole e medie imprese, per le aree ricomprese in programmi comunitari, per programmi di innovazione e trasferimento tecnologico, per singoli settori industriali, per l'incentivazione e la cooperazione, per il sostegno agli investimenti rivolti agli impianti, all'acquisto di macchine, allo sviluppo della commercializzazione e dell'internazionalizzazione, dell'occupazione e dei servizi reali alle industrie; *b*) l'accertamento di «speciali qualità» delle imprese, (speciali qualità) che siano espressamente richieste dalla legge, ai fini della concessione di agevolazioni, contributi, sovvenzioni, incentivi e benefici; *c*) gli adempimenti tecnici, amministrativi e di controllo per la concessione e l'erogazione delle agevolazioni alle attività produttive, nelle aree individuate dallo Stato come economicamente depresse; *d*) la determinazione delle modalità di attuazione degli strumenti della «programmazione negoziata»⁸⁵.

In conseguenza di tale ampio trasferimento delle funzioni amministrative alle Regioni, ad esse è altresì affidata la materiale erogazione di tutte le agevolazioni, i contributi, le sovvenzioni, gli incentivi ed i benefici di qualsiasi genere, i cui fondi sono finanziati dalle leggi statali (fatta sempre eccezione per i predetti settori conservati allo Stato, per i quali l'erogazione dei finanziamenti è invece ancora mantenuta in capo alle amministrazioni statali, di regola ministeriali, competenti)⁸⁶.

In sintesi, ed anche con riferimento al finanziamento pubblico delle attività economiche e produttive (così come è avvenuto per altre 'materie' e 'settori'), il d.lgs. n. 112/1998 ha così anticipato la riforma costituzionale dell'anno 2001 (l. cost. n. 3 del 2001), in ordine alla ripartizione delle materie di competenza legislativa (art. 117, Cost.) tra lo Stato e le Regioni. In rapporto alla predetta distinzione tra le funzioni conservate allo Stato, e quelle conferite alle Regioni, la potestà legislativa in tema di finanziamento pubblico alle imprese si caratterizza per una sempre più ampia devoluzione regionale.

Ricordando l'assenza, all'interno del testo dell'art. 117, commi primo e secondo, Cost., di una materia cui riferire espressamente il tema in oggetto: *a*) la competenza legislativa dello Stato può assumere carattere esclusivo soltanto ove il finanziamento pubblico alle imprese intercetti la «tutela della concorrenza» (art. 117, comma 2, lett. e)); *b*) ove invece tale finanziamento pubblico intervenga nelle materie del «commercio con l'estero», della «ricerca scientifica e tecnologica» e del «sostegno all'innovazione per i settori produttivi», la potestà legislativa spetta alle Regioni, «salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato» (art. 117, comma 3); *c*) ove infine i finanziamenti pubblici alle imprese siano riferibili ad «ogni [altra] materia» (non ricompresa nella elencazione di cui all'art. 117, commi primo e secondo), la potestà legislativa spetta, in via residuale, alle Regioni (art. 117, comma quarto) (Fonderico, 2007a: 24).

4.3 La legislazione statale

È su questo substrato costituzionale, e di distribuzione dei compiti e delle funzioni amministrative tra i differenti livelli territoriali di governo, che si colloca il percorso della legislazione statale dedicata al finanziamento pubblico delle attività economiche e produttive. Un percorso che, sia nelle sue linee tendenziali e generali, sia nei suoi tratti settoriali e di concreta implementazione, è stato costantemente attenzionato dalla dottrina (Fonderico, 2007a: 22-23; Long, 1990: 421 sgg.; Manzella, 2003: 3756 sgg.; Merusi, 2013; Morozzo della Rocca, 2007: 811 sgg.; Parisi, 2002: 2055 sgg.; Pietrosanti, 2013: 1973 sgg.; Serrani, 1970 e 1971).

Volendo qui operare un quadro di sintesi (dall'anno 2008 ad oggi), è possibile distinguere: *a*) una vasta congerie di 'interventi manutentivi' dei singoli strumenti di finanziamento pubblico alle imprese, già introdotti lungo tutto il corso della storia repubblicana; *b*) una serie di interventi specificamente dedicati a fronteggiare continuativamente la crisi economico-finanziaria; *c*) almeno tre provvedimenti normativi il cui respiro è certamente più strutturato ed organico. Sullo sfondo, evidentemente, l'insieme delle funzioni e dei compiti amministrativi «conservati allo Stato», ad opera del sopra analizzato art. 18, d.lgs. n. 112/1998.

In merito agli 'interventi manutentivi' ed agli 'interventi *vs.* la crisi' (tuttora vigenti), entrambi di regola posti in essere ricorrendo alla decretazione d'urgenza, è utile seguire un criterio settoriale e cronologico: sostegno alla internazionalizzazione delle imprese⁸⁷; interventi per il Mezzogiorno⁸⁸; stabilità del sistema creditizio e continuità nella erogazione del credito alle imprese⁸⁹; sostegno ai settori dell'autotrasporto, dell'agricoltura e della pesca professionale⁹⁰; rilancio competitivo del settore agroalimentare⁹¹; «la previsione di un monitoraggio affidato ai Prefetti sull'attività di finanziamento delle banche nei confronti di imprese e privati» (Torchia, 2009: 441; Vernile, 2012: 68 sgg.)⁹²; sostegno a settori industriali in crisi (trasporti, PMI)⁹³; interventi in favore di territori colpiti da calamità naturali⁹⁴; implementazione delle comunicazioni a 'banda larga' (Bonfitto, 2010: 840 sgg.)⁹⁵; istituzione di un «fondo per interventi a sostegno della domanda in particolari settori»⁹⁶; interventi in favore del settore energetico⁹⁷ (Marzanati, 2012: 499 sgg.; Pietrosanti, 2013: 1973 sgg.), culturale⁹⁸, e della ricerca scientifica⁹⁹; programmi regionali cofinanziati dai fondi strutturali europei¹⁰⁰; fondo di rotazione per le politiche comunitarie¹⁰¹ e aiuti *de minimis* a favore delle PMI in particolari aree¹⁰²; interventi a favore del settore biotecnologico-saccarifero¹⁰³ e delle imprese editrici¹⁰⁴; interventi per la nascita e lo sviluppo di imprese *start-up* innovative¹⁰⁵; rafforzamento del «fondo di garanzia» per le PMI e misure di accelerazione nell'utilizzo dei fondi strutturali europei¹⁰⁶; misure straordinarie per la promozione dell'occupazione, in specie giovanile, e della coesione sociale¹⁰⁷; interventi a sostegno dei beni e delle attività culturali (Crismani, 2014: 1 sgg.), del cinema, delle attività musicali, dello spettacolo dal vivo, e del turismo¹⁰⁸; interventi a favore della riqualificazione produttiva di aree di crisi industriale, e finanziamento del «fondo di investimento nel capitale di rischio delle PMI»¹⁰⁹; interventi per il rilancio del settore vitivinicolo, per il sostegno e la promozione straordinaria del «Made in Italy», e credito di imposta per investimenti in nuovi beni strumentali¹¹⁰; potere sostitutivo statale (in capo al Presidente del Consiglio dei Ministri) nell'utilizzo di fondi europei (in caso di inerzia, ritardo o inadempimento delle Amministrazioni pubbliche responsabili dell'attuazione di piani, programmi ed interventi cofinanziati dalla UE)¹¹¹.

Con riferimento ai tre provvedimenti normativi di respiro più ampio ed organico, si tratta del d.lgs. 31.5.2011, n. 88¹¹² (in precedenza, Zerboni, 2007: 26-27), della l. 24.12.2012, n. 234¹¹³ e, soprattutto, dell'intero d.l. 22.6.2012, n. 83, conv. in l. 7.8.2012, n. 134.

Il d.l. n. 83/2012 disegna infatti una completa riscrittura del sistema dei finanziamenti statali alle attività economiche e produttive¹¹⁴, una riscrittura nella quale tuttavia, ad una *pars destruens* draconiana, non corrisponde una altrettanto corposa attività ricostruttiva (e d'altronde, ancora ricordando i dati evidenziati nel precedente par. 2.1, gli interventi statali ad oggi attivi sono soltanto 19 e, nel periodo 2008-2013, il volume economico-finanziario degli aiuti statali alle imprese si è più che dimezzato). La predetta *pars destruens* rappresenta un vero e proprio 'disboscamento' (mediante abrogazione espressa) di tutti gli innumerevoli cespugli ed arbusti che, a partire dalla metà del Novecento, hanno progressivamente impedito di individuare la reale forma e consistenza del fitto bosco dei finanziamenti statali al tessuto imprenditoriale: l'Allegato 1 («Disposizioni abrogate»), d.l. n. 83/2012, è il resoconto della vastità del 'taglio'¹¹⁵.

La *pars costruens*, oltre evidentemente che dai provvedimenti mantenuti in vigore (sostanzialmente quelli riferiti alle funzioni ed ai compiti di cui al predetto art. 18, d.lgs. n. 112/1998), è data da scarse e singole disposizioni contenute nel medesimo d.l. n. 83/2012. Tra queste, oltre a misure incentivanti specificamente dedicate al settore dei trasporti (artt. 14 sgg.), allo sviluppo della mobilità mediante veicoli a basse emissioni complessive (art. 17 *bis* sgg.), alla crescita sostenibile (art. 23 sgg.), agli strumenti di finanziamento per le imprese (art. 32), ed al settore energetico (art. 34 ss.), merita rilievo la disciplina del «contratto di rete». Ivi (art. 45), valorizzando ed ampliando la disciplina già dedicata ai «distretti produttivi» ed alle «reti di imprese» (art. 3, d.l. 10.2.2009, n. 5, conv. in l. 9.4.2009, n. 33), si amplifica la portata più generale della «programmazione negoziata»¹¹⁶ (della quale il «contratto di rete» costituisce una fattispecie paradigmatica) tra le amministrazioni pubbliche e le imprese da esse incentivate (Cassetti, 2005; Ferrara, 1999; Gentile, s.d. (ma 2006); Marzanati, 2001: 73 sgg.; Spasiano, Capezio, 2005).

4.4 La legislazione regionale

L'analisi della legislazione regionale, vigente e nella sua evoluzione storica (Arsì, 2000; Brancasi, 1974; Cardoni, 2003; Pepe, 2012), è condotta seguendo due angoli di osservazione: *a*) i settori nei quali l'art. 19, d.lgs. n. 112/1998, ha disposto il conferimento delle funzioni e dei compiti amministrativi alle Regioni (*supra*, par. 4.2); *b*) una indagine prettamente empirica¹¹⁷.

Ne emerge un quadro di riferimento di cui è possibile dare contezza soltanto per 'tipologia', 'oggetto', 'destinatari' o 'finalità' del singolo finanziamento re-

gionale alle attività economiche e produttive, e con esclusivo riguardo alla legislazione ancora in vigore: fondo rotativo per le PMI¹¹⁸; ‘aiuti di Stato’ in materia culturale ed ambientale (attraverso il «contratto di sviluppo locale»)¹¹⁹; interventi di sostegno alle PMI agricole¹²⁰; aiuti regionali, anche *de minimis*¹²¹; fondo di garanzia per favorire l’accesso al credito da parte delle imprese artigiane¹²²; utilizzo ottimale dei fondi europei¹²³; incentivi per la qualificazione dell’offerta turistica¹²⁴; fondo di rotazione per l’accesso al credito delle imprese¹²⁵; incentivi per il rafforzamento ed il rilancio della competitività delle microimprese e delle PMI¹²⁶; fondo regionale per la gestione delle emergenze in agricoltura¹²⁷; agevolazioni alle imprese artigiane ed istituzione del «fondo per la tutela, lo sviluppo e la valorizzazione dell’artigianato»¹²⁸; interventi di sostegno alle attività commerciali¹²⁹; contributi in conto capitale per l’innovazione tecnologica, l’ammodernamento ed il miglioramento dei livelli di sicurezza degli impianti a fune¹³⁰; promozione e finanziamento dei «programmi integrati per la mobilità»¹³¹; iniziative di aiuto ai settori della pesca, ed interventi urgenti conseguenti ad eccezionali eventi meteorologici¹³²; tutela e riduzione dei rischi derivanti dalla delocalizzazione industriale, e conseguenti incentivi alle imprese¹³³; applicazione delle sanzioni amministrative in materia di interventi cofinanziati dal «fondo europeo agricolo di orientamento e garanzia»¹³⁴; istituzione di un «fondo per il microcredito»¹³⁵; aiuti a favore dei commercianti al minuto di prodotti ittici¹³⁶; istituzione del «fondo unico per la pesca produttiva e l’acquacoltura»¹³⁷; rendicontazione delle attività cofinanziate dal «fondo sociale europeo»¹³⁸; istituzione dell’organismo per le erogazioni in agricoltura di aiuti, contributi e premi comunitari¹³⁹; regimi regionali di aiuto¹⁴⁰; incentivi per l’apprendistato nelle imprese artigiane¹⁴¹; finanziamenti a favore del settore della pesca del tonno¹⁴²; sgravi fiscali per incentivare l’imprenditorialità giovanile e femminile¹⁴³; agevolazioni fiscali per favorire, sostenere e valorizzare la cultura ed il paesaggio¹⁴⁴; istituzione del «fondo per il cofinanziamento dei programmi comunitari»¹⁴⁵; aiuti regionali in materia di foreste¹⁴⁶; incentivazione di produzioni artigianali tipiche e tradizionali¹⁴⁷.

La frammentarietà del quadro legislativo di riferimento appare con tutta evidenza.

5. *Il procedimento diretto alla attribuzione del finanziamento pubblico*

5.1 *Premessa*

Dopo avere ricostruito, all’interno dell’ordinamento europeo e nazionale, le possibilità, le condizioni ed i limiti del finanziamento pubblico alle attività economiche e produttive, e ricordando che anche le risorse europee transitano

di regola dai bilanci delle amministrazioni nazionali (e sono dunque attribuite alla loro gestione e responsabilità), è ora necessario considerare il 'procedimento' mediante il quale tali amministrazioni pervengono alla attribuzione, ed alla materiale erogazione, del singolo finanziamento alle imprese.

È sin da subito opportuno richiamare l'attenzione sul fatto che tale 'livello' procedimentale costituisce (almeno a far data dall'anno 1990), ed in ognuna delle sue fasi, un elemento di forte unificazione ed uniformità: è d'altronde la stessa natura pubblica della risorsa economico-finanziaria a far sì che l'organizzazione e l'attività che ad essa ineriscono debbano necessariamente, e costantemente, attingere al rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento (art. 97, ora comma secondo, Cost.). Unificazione ed uniformità che investono l'intera nozione di 'finanziamento pubblico': *a)* all'interno del 'finanziamento' è infatti ricompresa l'attribuzione di qualsivoglia vantaggio economico (indipendentemente, dunque, dalla denominazione utilizzata dal singolo provvedimento normativo); *b)* le norme sul procedimento di attribuzione del finanziamento trovano applicazione, in maniera generalizzata, a tutte le 'amministrazioni pubbliche' (ivi ricompresi i soggetti privati preposti all'esercizio di attività di pubblico interesse).

5.2 I criteri e le modalità

Sul presupposto che ogni finanziamento pubblico alle imprese rappresenti l'attribuzione, alle medesime imprese, di un paradigmatico «vantaggio economico»¹⁴⁸, la concessione di «sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari» e, più in generale, «l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati» è sempre subordinata alla predeterminazione, da parte delle amministrazioni procedenti (e nelle forme previste dai rispettivi ordinamenti¹⁴⁹), dei «criteri» e delle «modalità» cui le amministrazioni devono attenersi¹⁵⁰ (Lariccia, 2011 e, ivi, ampia bibliografia richiamata).

I «criteri»: si tratta della predeterminazione degli elementi (automatici o discrezionali) che l'amministrazione pubblica pone a base della scelta sull'*an*, sul *quid* e sul *quantum* del singolo finanziamento (Fonderico, 2007a: 25). Vero e proprio «auto-limite» per l'amministrazione procedente (Lariccia, 2011: 579), tali criteri assumono estrema rilevanza in presenza di risorse economico-finanziarie non bastevoli a soddisfare tutte le richieste di finanziamento pubblico avanzate dai potenziali destinatari¹⁵¹.

Le «modalità»: si tratta delle procedure (il *quomodo*, la presentazione delle domande di finanziamento, l'istruttoria e la decisione) che, sulla base dei predetti «criteri», l'amministrazione utilizza per la materiale attribuzione ed erogazione del singolo finanziamento pubblico.

Il fatto che l'amministrazione che procede alla attribuzione del vantaggio economico debba dimostrare «l'effettiva osservanza dei criteri e delle modalità»¹⁵² poste a base della medesima attribuzione, si riverbera necessariamente sulla 'motivazione' del provvedimento amministrativo attributivo, in concreto, di ciascun vantaggio economico (Lariccia, 2011: 574). E, per conseguenza, in punto di legittimità del medesimo provvedimento, in sede di vaglio giurisdizionale¹⁵³.

L'applicazione soggettiva generalizzata dell'art. 12, l. n. 241/1990, discende sia dal fatto che tale disposizione normativa riveste pacificamente la natura di 'principio generale dell'ordinamento giuridico'¹⁵⁴, sia dal combinato disposto delle norme ad oggi dettate all'interno della medesima legge n. 241/1990¹⁵⁵.

5.3 *Le procedure*

La previsione di principi diretti a regolare i procedimenti amministrativi, concernenti «gli interventi di sostegno pubblico per lo sviluppo delle attività produttive», è ancora ad oggi contenuta nel d.lgs. 31.3.1998, n. 123 (Botto, 1996: 849; Fonderico, 2007a: 25 sgg.; Manzella, 2003: 3765 sgg.). Si tratta, anche in questo caso, di principi applicabili agli «incentivi, contributi, agevolazioni, sovvenzioni e benefici di qualsiasi genere, concessi da Amministrazioni pubbliche, anche attraverso soggetti terzi»¹⁵⁶; e di principi che, in quanto qualificati alla stregua di «principi generali dell'ordinamento giuridico»¹⁵⁷, concernono tutte le amministrazioni e gli enti pubblici.

Tali principi si traducono nella implementazione di un preciso «modulo organizzativo», e di tre specifiche «procedure»¹⁵⁸.

Il «modulo organizzativo»¹⁵⁹ (Fonderico, 2007a: 26): *a*) la concessione del finanziamento pubblico è sempre riservata al soggetto cui la legge (statale o regionale) affida la relativa competenza; *b*) tale soggetto tuttavia, per lo svolgimento dell'attività istruttoria o dell'attività di erogazione, ed in considerazione della complessità degli adempimenti di natura tecnica o gestionale propri del singolo procedimento, può stipulare convenzioni (le cui obbligazioni sono di natura privatistica), con società o enti in possesso dei necessari requisiti tecnici, organizzativi e di terzietà, selezionati tramite apposite procedure ad evidenza pubblica; *c*) nel caso in cui sia altresì necessario, in ragione della valutazione di particolari aspetti specialistici e dei risultati attesi dalla erogazione dei singoli finanziamenti pubblici, il soggetto competente può inoltre avvalersi di esperti prescelti a rotazione da appositi elenchi, aperti a tutti gli interessati, e previa verifica della insussistenza di cause di incompatibilità, nonché del possesso (in capo agli esperti) dei necessari requisiti di professionalità, competenza e imparzialità.

Le tre «procedure» (Fonderico, 2007a: 25-26): *a*) qualora, per l'attribuzione dei finanziamenti pubblici, non risulti necessaria una specifica attività istrutto-

ria di carattere tecnico, economico e finanziario, ed il finanziamento sia concesso in misura percentuale ovvero in misura fissa (in base ad un ammontare predeterminato sulle spese ammissibili, e sostenute, sia successivamente alla presentazione della domanda di finanziamento, che nel corso dell'esercizio economico-finanziario precedente a quello di presentazione della domanda), il soggetto competente alla concessione del finanziamento (l'Amministrazione procedente) opera mediante una «procedura automatica»¹⁶⁰; *b*) in presenza di progetti o programmi organici e complessi, da realizzare successivamente alla presentazione della domanda di finanziamento, il soggetto competente alla concessione del finanziamento pubblico (ancora l'amministrazione procedente) opera mediante una «procedura valutativa»¹⁶¹: l'attività istruttoria è qui diretta a verificare il perseguimento degli obiettivi previsti dalle singole normative, la sussistenza dei requisiti soggettivi del richiedente, la tipologia del programma di finanziamento e il fine da esso perseguito, nonché la congruità delle spese sostenute; l'istruttoria e le relative decisioni di concessione (o non concessione) dei finanziamenti sono definite entro sei mesi dal termine che l'amministrazione ha fissato per la presentazione, da parte degli interessati, delle relative domande; *c*) agli interventi di sviluppo territoriale o settoriale, anche se realizzati da una sola impresa o da un gruppo di imprese (nell'ambito delle forme di partenariato pubblico-privato tipiche della «programmazione negoziata»¹⁶²), si applica la «procedura negoziale»¹⁶³: ivi, l'Amministrazione competente per l'attuazione della procedura (e per la relativa concessione del finanziamento pubblico) individua previamente i criteri di selezione dei contraenti (adottando idonei strumenti di pubblicità), provvede poi alla pubblicazione di appositi bandi, ed acquisisce le manifestazioni di interesse da parte delle imprese; spetta ai bandi determinare le spese ammissibili al finanziamento, le tipologie dei finanziamenti pubblici erogabili, la durata del procedimento di selezione delle manifestazioni di interesse, la documentazione necessaria per l'attività istruttoria ed (ovviamente) i criteri di selezione.

Indipendentemente dalla (motivata) scelta della «procedura», all'amministrazione che ha concesso ed erogato il finanziamento pubblico competono specifici poteri di «ispezione e controllo»¹⁶⁴. Ancora più incisivamente, e «nel caso di inadempimento [da parte dell'impresa che ha beneficiato del finanziamento] agli obblighi previsti dal provvedimento di concessione, o di irregolarità non sanabili nella documentazione delle attività svolte» (Fonderico, 2007a: 27), spetta alla medesima Amministrazione il potere di «revoca» del finanziamento erogato, con conseguente irrogazione (alla stessa impresa inadempiente) di apposite «sanzioni amministrative»¹⁶⁵. La dottrina ha esattamente distinto (Fonderico, 2007a: 27-28), anche per i riflessi che tale qualificazione riveste in punto di giurisdizione sul provvedimento di revoca¹⁶⁶, la predetta «revoca per inadempimento» da eventuali provvedimenti amministrativi di «revoca» (art. 21

quinquies, l. n. 241/1990)¹⁶⁷ che l'amministrazione competente, nell'esercizio del proprio potere di 'autotutela amministrativa', può porre in essere sugli atti conclusivi del procedimento diretto alla concessione ed alla erogazione del singolo finanziamento pubblico.

5.4 *Gli obblighi di pubblicità e trasparenza*

L'ingente utilizzo di risorse economiche, nel finanziamento pubblico alle attività produttive, ha accentuato, nel tempo, l'ampiezza e la profondità del rispetto, nell'ambito dei relativi procedimenti, degli 'obblighi di pubblicità e trasparenza' (Carloni, 2009; Patroni Griffi, 2013; Usai, s.d., ma 2013).

Obblighi di pubblicità originati attraverso il *d.P.R. 7.4.2000, n. 118*, che ha imposto alle amministrazioni dello Stato, alle Regioni, agli enti locali ed agli altri enti pubblici¹⁶⁸: *a*) di istituire (ed aggiornare annualmente) un apposito 'albo' dei soggetti cui sono stati erogati, in ogni esercizio finanziario, contributi, sovvenzioni, crediti, sussidi e benefici di natura economica; *b*) di indicare, per ciascun soggetto beneficiario, la disposizione di legge all'origine della erogazione del singolo finanziamento; *c*) di garantire ad ogni cittadino la consultazione del predetto albo (consentendovi l'accesso gratuito, anche per via informatica).

È tuttavia con il d.lgs. 14.3.2013, n. 33, che, anche con riferimento ai finanziamenti pubblici alle imprese, l'incremento quali-quantitativo degli obblighi di pubblicazione intende conseguire la piena trasparenza, anteriormente e successivamente alla relativa erogazione, sull'impiego delle risorse economico-finanziarie e sui loro destinatari.

Le amministrazioni pubbliche¹⁶⁹ sono infatti obbligate a pubblicare¹⁷⁰ sia i provvedimenti amministrativi con i quali (a norma del predetto art. 12, l. n. 241/1990) determinano i criteri e le modalità cui le stesse amministrazioni devono attenersi per la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari e vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati, sia gli atti di concessione dei medesimi finanziamenti aventi importo superiore a mille euro¹⁷¹.

Proprio con riferimento ai provvedimenti che concedono finanziamenti pubblici di importo superiore a mille euro, la predetta pubblicazione ha efficacia costitutiva («costituisce condizione legale di efficacia»¹⁷²): la sua eventuale omissione o incompletezza¹⁷³ è rilevata d'ufficio dagli organi dirigenziali dell'amministrazione competente, ed è causa di responsabilità amministrativa, patrimoniale e contabile nei confronti del funzionario responsabile del procedimento di attribuzione del relativo finanziamento pubblico (ciò sul presupposto che, in assenza di tale «condizione legale di efficacia», la concessione del finanziamento deve ritenersi 'indebita')¹⁷⁴. Il dettato normativo (ancora l'art. 26, comma ter-

zo, d.lgs. n. 33/2013) non esclude altresì che, a fronte della mancata, incompleta o ritardata pubblicazione del provvedimento che concede il finanziamento pubblico di importo superiore a mille euro, il «destinatario» del finanziamento, e «chiunque altro abbia interesse», possano esperire (ai sensi dell'art. 30, d.lgs. 2.7.2010, n. 104), innanzi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 133, comma primo, lett. a), n. 1), d.lgs. n. 104/2010), l'azione di condanna ai fini del risarcimento dell'eventuale «danno da ritardo» (art. 2 *bis*, l. n. 241/1990) comunque patito nella erogazione del finanziamento.

6. *La giurisdizione*

La giurisdizione sui finanziamenti pubblici alle attività economiche e produttive costituisce un ulteriore 'livello' di uniformità ed accentramento. Caratteri, questi, che si sono viepiù consolidati nel corso del tempo.

Estremamente lata, anche innanzi alle competenti giurisdizioni, la nozione di 'finanziamento pubblico': alla irrilevanza della denominazione utilizzata nel singolo provvedimento economico-finanziario (contributo, agevolazione, aiuto, ad esemplificare), si accompagna la costante verifica in ordine alla provenienza pubblica (da enti territoriali e non territoriali) della risorsa posta a base del finanziamento, indipendentemente dall'eventuale coinvolgimento (nell'attività istruttoria e, o, nella materiale erogazione del singolo contributo economico) di soggetti privati (società a partecipazione pubblica, ovvero privati concessionari delle medesime attività istruttorie e, o, di erogazione).

Nel merito, l'odierno assetto del riparto di giurisdizione testimonia da un lato, e per ciò che concerne il giudice amministrativo, la piena estensione della competenza giurisdizionale con riguardo agli 'aiuti di Stato' concessi in violazione del diritto europeo, ed un tentativo (ancora non riuscito, a spese del giudice ordinario) di consolidare questa estensione anche sui provvedimenti amministrativi di concessione e revoca di ogni finanziamento pubblico; d'altro lato appare con tutta evidenza l'incremento di tutela, contro l'uso illecito delle risorse pubbliche, offerto dai progressivi spazi giurisdizionali solcati dalle giurisdizioni penale e contabile.

Sullo sfondo, e nella teorica processuale, si staglia l'alternativa (anche in questo ambito settoriale) tra la preferenza per un criterio di riparto della giurisdizione rivolto a prediligere la 'materia' (e la sua unitarietà), ovvero per il tradizionale criterio riferibile alla natura della 'posizione giuridica soggettiva' azionata dal destinatario (effettivo o potenziale) di un finanziamento che, per l'amministrazione pubblica, è sempre fonte di una specifica «obbligazione» (Antoniazzi, 2010: 29 sgg.; Barettoni Arleri, 1979; Benedetti, 2006; Mauro, s.d., ma 2004).

Sulle controversie che riguardano gli atti ed i provvedimenti che concedono 'aiuti di Stato' in violazione del diritto europeo, e gli atti ed i provvedimenti diretti ad eseguire una «decisione di recupero» adottata dalla Commissione UE (in relazione ad un aiuto da essa stessa dichiarato «illegale»)¹⁷⁵, è ad oggi il legislatore statale ad avere espressamente introdotto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e ivi, sebbene con riferimento ai soli atti e provvedimenti diretti al recupero (nei confronti dei relativi beneficiari) di un «aiuto illegale», lo svolgimento del «rito abbreviato» (Triggiani, 2013: 41)¹⁷⁶.

In materia di controversie che concernono invece gli atti ed i provvedimenti diretti alla concessione ed alla revoca di contributi e sovvenzioni pubbliche, e nonostante il predetto tentativo di ricondurre sistematicamente anche questo ambito alla sola giurisdizione amministrativa¹⁷⁷, è l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato¹⁷⁸ ad avere ancora di recente riaffermato «il tradizionale e consolidato indirizzo giurisprudenziale, condiviso sia dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁷⁹, sia dal Consiglio di Stato¹⁸⁰, secondo cui il riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo [...] deve essere attuato sulla base del generale criterio di riparto fondato sulla natura della situazione soggettiva» (diritto soggettivo od interesse legittimo) vantata dal soggetto richiedente o beneficiario del finanziamento pubblico, e lesa dal provvedimento di concessione o revoca del medesimo finanziamento¹⁸¹.

Sul versante delle altre giurisdizioni, la giurisdizione del giudice penale in materia di illeciti commessi al fine di conseguire un finanziamento pubblico, ovvero rivolti a distrarre il finanziamento ottenuto dalle proprie, specifiche, finalità di destinazione (Trojano, 2007 e 2008) ha trovato pieno riconoscimento (negli anni 1990 e 2000) mediante due interventi legislativi diretti ad integrare il testo del Codice Penale¹⁸², e rivolti ad elevare il livello di responsabilità sia dei richiedenti, che dei beneficiari, di finanziamenti pubblici (comunque denominati).

Una vera e propria «sommatoria delle tutele giurisdizionali» (Bottino, 2013: 532), ed in funzione evidentemente incrementale dei presidi posti a tutela delle finanze pubbliche, discende infine dal riconoscimento (a far data dall'anno 2006¹⁸³ della giurisdizione della Corte dei conti sul danno erariale originato nell'ambito del procedimento di concessione-erogazione dei finanziamenti pubblici (ancora una volta, indipendentemente dalla loro denominazione) destinati alle attività economiche e produttive (Scoca, 2006; Tenore, 2013: 117 e, ivi, nota 146, plurimi riferimenti alla giurisprudenza contabile). L'illecito posto all'origine del danno erariale, cagionato al patrimonio dell'amministrazione pubblica che ha erogato il finanziamento, è individuato nel comportamento diretto a sviare il medesimo finanziamento dalle finalità perseguite mediante la sua erogazione. Tale comportamento illecito, all'interno di un approccio diretto ad ampliare la nozione di 'rapporto di servizio' con l'amministrazione fi-

nanziatrice, viene imputato sia all'impresa beneficiaria finale del finanziamento pubblico, sia a qualunque altro soggetto (pubblico o privato) che abbia preso parte attiva nello svolgimento di funzioni (ad esempio istruttorie e, o, di materiale erogazione) comunque ricollegate al procedimento di attribuzione del singolo finanziamento.

Note

- ¹ È opportuno ricordare che il tema del finanziamento pubblico dell'economia e, ivi, il finanziamento delle attività economiche e produttive, non era stato oggetto di una autonoma e specifica trattazione ad opera dei contributi presentati nel *Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione* e pubblicati, nell'anno 1969, negli undici volumi degli *Atti* congressuali.
- ² A norma dell'art. 10, comma 1, d.lgs. 31.3.1998, n. 123, e dell'art. 1, l. 7.8.1997, n. 266, il Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato (ad oggi, Ministero dello Sviluppo Economico-Direzione Generale per gli incentivi alle imprese) predispone annualmente una relazione illustrativa delle caratteristiche e dell'andamento dei provvedimenti in materia di sostegno alle attività economiche e produttive. Le *Relazioni annuali* sono disponibili sul sito Internet istituzionale del Ministero (<<http://www.sviluppoeconomico.gov.it>>), nella Sezione dedicata alle *Pubblicazioni*. I dati esposti nel testo sono tratti dalla *Relazione sugli interventi di sostegno alle attività economiche e produttive (2014)* (d'ora innanzi *Relazione 2014*), ultima relazione annuale disponibile.
- ³ *Relazione 2014*: 8.
- ⁴ *Ibidem*.
- ⁵ *Ibidem*.
- ⁶ *Ibidem*.
- ⁷ Ivi: 7.
- ⁸ Ivi: 26 sgg.
- ⁹ Per ciò che concerne le agevolazioni concesse: dai 7,5 miliardi di euro di interventi statali (anno 2008), si è passati a circa 2 miliardi di euro (anno 2013); gli interventi regionali si attestano invece costantemente (2008-2013) tra i 2 ed i 3 miliardi di euro (*Relazione 2014*: 30). In ordine alle agevolazioni erogate: gli interventi statali transitano da circa 3 miliardi di euro (anni 2008-2009) a meno di 2 miliardi di euro (anno 2013); gli interventi regionali rimangono quantitativamente costanti (2008-2013) a circa 2 miliardi di euro; nell'anno 2013 il volume degli interventi statali e regionali coincide, ciascuno pari a 1,6 miliardi di euro (*Relazione 2014*: 31). Con riferimento agli investimenti agevolati: gli interventi statali decrescono sensibilmente da circa 33 miliardi di euro (anno 2008) a circa 5,5 miliardi di euro (anno 2013); gli interventi regionali, dopo una significativa variazione negli anni 2008 (circa 6 miliardi di euro) e 2009 (17,5 miliardi di euro), si attestano anch'essi intorno ai 6,5 miliardi di euro (2013) (*Relazione 2014*: 32). In merito al numero degli strumenti di intervento a sostegno delle attività economiche e produttive, gli interventi statali attivi (dopo la riforma introdotta nell'anno 2012, cfr. il successivo par. 4.3) sono pari, nell'anno 2013, a 19 soltanto (*Relazione 2014*: 58). Gli interventi regionali attivi, ancora nell'anno 2013, sono invece molto numerosi, e pari a 818 (*Relazione 2014*: 119). L'assoluta preponderanza numerica degli interventi regionali è da ascrivere all'odierno riparto della competenza legislativa, nella materia del sostegno alle attività produttive, tra lo Stato e le Regioni, unitamente alla relativa spettanza delle funzioni amministrative (in argomento, diffusamente, cfr. il successivo par. 4.2).
- ¹⁰ Più in particolare, questo l'andamento progressivo (2008-2013, in miliardi di euro) (*Relazione 2014*: 29): a) agevolazioni concesse (statali e regionali): 2008 = 9,6; 2009 = 5,3; 2010 = 4,6; 2011 = 4,5; 2012 = 3,6; 2013 = 4; b) agevolazioni erogate (statali e regionali): 2008 = 4,8; 2009 = 4,9; 2010 = 3,7; 2011 = 3,8; 2012 = 3,4; 2013 = 3,2; c) investimenti agevolati (statali e regionali): 2008 = 38,3; 2009 = 26,4; 2010 = 15,8; 2011 = 14,9; 2012 = 12; 2013 = 12. Questi i volumi complessivi (2008-2013, ancora in miliardi di euro): agevolazioni concesse = 31,7; agevolazioni erogate = 24; investimenti agevolati = 119,7 (*Relazione 2014*: 29).
- ¹¹ Più in particolare, in ordine agli interventi statali (*Relazione 2014*: 63 sgg.), nell'anno 2013 le agevolazioni (concesse ed erogate) si concentrano maggiormente sulla «R&S&I» (701,6 milioni di euro, agevolazioni concesse, e 818,7 milioni di euro, agevolazioni erogate). Ne-

gli anni 2008-2013 (*Relazione 2014*: 64): a) agevolazioni concesse (in milioni di euro): «R&S&I» (2008 = 1.985; 2009 = 2.119; 2010 = 1.230; 2011 = 858; 2012 = 477; 2013 = 701); «Internazionalizzazione» (2008 = 452; 2009 = 382; 2010 = 317; 2011 = 347; 2012 = 346; 2013 = 370); «Nuova Imprenditorialità» (2008 = 377; 2009 = 343; 2010 = 347; 2011 = 237; 2012 = 211; 2013 = 207); «Sviluppo Produttivo e Territoriale» (2008 = 4.553; 2009 = 24; 2010 = 46; 2011 = 112; 2012 = 155; 2013 = 319); b) agevolazioni erogate (in milioni di euro): «R&S&I» (2008 = 1.487; 2009 = 1.476; 2010 = 992; 2011 = 750; 2012 = 1.196; 2013 = 818); «Internazionalizzazione» (2008 = 220; 2009 = 210; 2010 = 246; 2011 = 302; 2012 = 278; 2013 = 243); «Nuova Imprenditorialità» (2008 = 396; 2009 = 336; 2010 = 254; 2011 = 242; 2012 = 175; 2013 = 15); «Sviluppo Produttivo e Territoriale» (2008 = 847; 2009 = 1.100; 2010 = 723; 2011 = 541; 2012 = 257; 2013 = 321). Con riferimento alle agevolazioni concesse, si staglia la progressiva e netta diminuzione degli interventi in «R&S&I» e nello «Sviluppo Produttivo e Territoriale» mentre, con riguardo alle agevolazioni erogate, emerge il ciclo fortemente decrescente degli interventi dedicati alla «Nuova Imprenditorialità» ed allo «Sviluppo Produttivo e Territoriale» (*Relazione 2014*: 64-66). In ordine agli interventi regionali (*Relazione 2014*: 123 sgg.), nell'anno 2013 le agevolazioni (concesse ed erogate) hanno privilegiato lo «Sviluppo Produttivo e Territoriale» (1,1 miliardi di euro le agevolazioni concesse, 659 milioni di euro le agevolazioni erogate), e la «R&S&I» (710 milioni di euro le agevolazioni concesse, 657 milioni di euro le agevolazioni erogate). Negli anni 2008-2013 (*Relazione 2014*: 124): a) agevolazioni concesse (in milioni di euro): «R&S&I» (2008 = 543; 2009 = 983; 2010 = 1.121; 2011 = 579; 2012 = 879; 2013 = 710); «Internazionalizzazione» (2008 = 42; 2009 = 34; 2010 = 35; 2011 = 16; 2012 = 28; 2013 = 37); «Nuova Imprenditorialità» (2008 = 87; 2009 = 83; 2010 = 124; 2011 = 57; 2012 = 90; 2013 = 93); «Sviluppo Produttivo e Territoriale» (2008 = 1.353; 2009 = 1.341; 2010 = 1.019; 2011 = 2.146; 2012 = 930; 2013 = 1.133); b) agevolazioni erogate (in milioni di euro): «R&S&I» (2008=291; 2009=433; 2010=582; 2011=471; 2012 = 593; 2013 = 657); «Internazionalizzazione» (2008 = 24; 2009 = 12; 2010 = 25; 2011 = 14; 2012 = 15; 2013 = 25); «Nuova Imprenditorialità» (2008 = 57; 2009 = 86; 2010 = 23; 2011 = 47; 2012 = 41; 2013 = 47); «Sviluppo Produttivo e Territoriale» (2008 = 1.350; 2009 = 1.197; 2010 = 632; 2011 = 1.279; 2012 = 643; 2013 = 659). È certamente da evidenziare, sia con riferimento alle agevolazioni concesse che a quelle erogate, la costante marginalità degli interventi dedicati al sostegno della «Internazionalizzazione» delle imprese (*Relazione 2014*: 124).

¹² La *Relazione 2014*, sul punto (47 sgg.), opera un riferimento al volume complessivo degli «aiuti di Stato» (esclusi gli aiuti al settore ferroviario) concessi dagli Stati membri dell'Unione europea alle attività economiche e produttive operanti nel proprio territorio nazionale (sul tema, *amplius*, si rinvia al successivo par. 3.3). L'analisi mostra come in Italia, negli anni dal 2002 al 2012, il volume degli «aiuti di Stato» (statali e regionali) concessi alle imprese sia costantemente e drasticamente diminuito, sino a ridursi ad un terzo del volume di partenza: anno 2002 = circa 15 miliardi di euro, anno 2012 = 5,7 miliardi di euro; simile, sebbene con volumi molto superiori ai nostri, la situazione della Germania: anno 2002 = circa 30 miliardi di euro, anno 2012 = circa 12 miliardi di euro; opposta, invece, la situazione della Francia: anno 2002 = circa 9 miliardi di euro, anno 2012 = circa 15 miliardi di euro (*Relazione 2014*: 28).

¹³ «Questo strumento nasce e opera al fine di agevolare l'accesso al credito e lo sviluppo delle micro, piccole e medie imprese attraverso la concessione di una garanzia pubblica a fronte di finanziamenti concessi dalle banche. La garanzia concessa consente, in presenza di condizioni prestabilite, di accedere più agevolmente al finanziamento bancario grazie alla traslazione (per la quota del prestito garantita dal Fondo) del rischio di insolvenza del prestatore dalla banca erogatrice del finanziamento al Fondo di garanzia e, in ultima istanza, allo Stato, in caso di eventuale esaurimento delle risorse del Fondo, per effetto della garanzia di ultima istanza dello Stato italiano sulle obbligazioni assunte dal Fondo. Il Fondo opera concedendo sia garanzie direttamente alle banche finanziatrici (garanzia diretta), sia controgarantendo

confidi e altri fondi di garanzia, soggetti garanti di prima istanza delle banche finanziatrici (controgaranzia). [...] Un'impresa, con il ricorso al Fondo di Garanzia, può accedere ai finanziamenti erogati dalle banche coprendo fino all'80% del finanziamento con la garanzia pubblica e non oltre euro 2.500.000 di importo garantito dal Fondo. Attraverso il Fondo, l'impresa può, dunque, accedere al credito [...] a condizioni migliori, sia in termini di minori tassi di interesse applicati al finanziamento, che di maggior credito accordato o garanzie accessorie richieste dal soggetto finanziatore. Inoltre, la garanzia del Fondo è rilasciata a costi decisamente contenuti e, per le imprese del Mezzogiorno, le imprese femminili e altre tipologie di beneficiari, a titolo completamente gratuito» (*Relazione 2014*: 86-87).

¹⁴ In ordine cronologico: art. 39, d.l. 6.12.2011, n. 201 (conv. in l. 22.12.2011, n. 214); d.m. 24.02.2013 (Ministero dello Sviluppo Economico); art. 1, d.l. 21.6.2013, n. 69 (conv. in l. 9.8.2013, n. 98); d.m. 27.12.2013 (Ministero dello Sviluppo Economico); art. 12, comma 6-bis, d.l. 23.12.2013, n. 145 (conv. in l. 21.2.2014, n. 9); d.m. 5.6.2014 (Ministero dello Sviluppo Economico); art. 1, commi 46, 48, 53, 54 e 303, l. 27.12.2013, n. 147.

¹⁵ *Relazione 2014*: 87 sgg.

¹⁶ Ivi: 90.

¹⁷ Più in particolare (*Relazione 2014*: 90): a) domande accolte: microimprese = 174.927; piccole imprese = 92.329; medie imprese = 28.009; b) volumi finanziari (in miliardi di euro): piccole imprese = 10,8; medie imprese = 7,8; microimprese = 6,5. Per i dati annuali disaggregati, cfr. *Relazione 2014*: 97 sgg.

¹⁸ *Relazione 2014*: 90. Per i dati annuali disaggregati, cfr. *Relazione 2014*: 100 sgg.

¹⁹ Ivi: 92 sgg.

²⁰ Controgaranzie = 197.973, Garanzie dirette = 97.022. È tuttavia da segnalare il progressivo e notevole incremento, nel corso degli anni, delle richieste accolte per «garanzie dirette»: 2007 = 3.356; 2008 = 3.247; 2009 = 6.130; 2010 = 15.816; 2011 = 17.720; 2012 = 19.988; 2013 = 30.765.

²¹ Anno 2008 (in milioni di euro): Garanzie dirette = 430,8 (40%); Controgaranzie = 728 (60%). Anno 2013 (in milioni di euro): Garanzie dirette = 4.093,1 (64%); Controgaranzie = 2.332,2 (36%). Complessivamente, negli anni 2007-2013 (in milioni di euro): Garanzie dirette = 13.596,4 (54%); Controgaranzie = 11.495,4 (46%).

²² *Relazione 2014*: 103 sgg.

²³ Tra le Regioni italiane, prima la Lombardia (53.332 richieste accolte), seguita dal Piemonte (39.627) e dalla Sicilia (33.250).

²⁴ Le risorse provenienti dai fondi europei cofinanziano gli interventi di incentivazione e sussidio alle imprese nazionali, interventi che i singoli Stati membri hanno l'obbligo di adottare nel pieno rispetto della disciplina sugli «aiuti di Stato» (cfr., *infra*, la successiva nota 33).

²⁵ Il meccanismo del «cofinanziamento» fa sì che le risorse provenienti dall'Unione europea entrino a far parte, con apposito vincolo di destinazione, dei bilanci delle amministrazioni pubbliche nazionali: da ciò discende il fatto che la gestione (attribuzione, controllo e rendicontazione) delle risorse europee sia conferita alla responsabilità delle medesime amministrazioni.

²⁶ Reg. UE 17.12.2013, n. 1303 (del Parlamento europeo e del Consiglio), recante: a) le «disposizioni comuni» sul Fondo Europeo di Sviluppo Regionale (FESR), sul Fondo Sociale Europeo (FSE), sul Fondo di Coesione (FC), sul Fondo Europeo Agricolo per lo Sviluppo Rurale (FEASR) e sul Fondo Europeo per gli Affari Marittimi e la Pesca (FEAMP); b) le «disposizioni generali» sul FESR, sul FSE, sul FC e sul FEAMP.

²⁷ Reg. UE 17.12.2013, n. 1299, e Reg. UE 17.12.2013, n. 1301 (del Parlamento europeo e del Consiglio, dedicati al FESR); Reg. UE 17.12.2013, n. 1304 (del Parlamento europeo e del Consiglio, dedicato al FSE); Reg. UE 17.12.2013, n. 1300 (del Parlamento europeo e del Consiglio, dedicato al FC); Reg. UE 17.12.2013, n. 1305 (del Parlamento europeo e del Consiglio, dedicato al FEASR); Reg. UE 15.5.2014, n. 508 (del Parlamento europeo e del Consiglio, dedicato al FEAMP).

- ²⁸ Art. 9, par. 1, Reg. UE n. 1303/2013, in specie nn. 1), 2), e 3).
- ²⁹ Art. 7, Reg. UE n. 1299/2013, ed art. 3, Reg. UE n. 1301/2013 (con riferimento al FESR); art. 3, Reg. UE n. 1304/2013 (riguardo al FSE); art. 4, Reg. UE n. 1330/2013 (in ordine al FC); art. 5, Reg. UE n. 1305/2013 (per ciò che concerne il FEASR); art. 6, Reg. UE n. 507/2014 (in merito al FEAMP).
- ³⁰ Art. 4, par. 1, Reg. UE n. 1303/2013.
- ³¹ Art. 4, par. 7, ed artt. 72 ss., Reg. UE n. 1303/2013; art. 59, Reg. UE 25.10.2012, n. 966 (del Parlamento europeo e del Consiglio), in materia di «regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione».
- ³² Art. 6, Reg. UE n. 1303/2013.
- ³³ È questo (il predetto art. 6) il nesso obbligatoriamente interposto tra le politiche europee di sostegno alle attività economiche e produttive, e la disciplina diretta a definire il quadro dei divieti e delle compatibilità degli «aiuti» concessi, da ciascuno Stato membro, alle medesime attività (cfr., *infra*, il successivo par. 3.3).
- ³⁴ Sebbene ognuno degli undici «obiettivi tematici» coinvolga il tema dei finanziamenti alle attività economiche e produttive, i primi tre obiettivi vi prestano esplicito riferimento: 1) rafforzare la ricerca, lo sviluppo tecnologico e l'innovazione; 2) migliorare l'accesso alle tecnologie dell'informazione e della comunicazione; 3) promuovere la competitività delle PMI.
- ³⁵ Reg. UE n. 1303/2013: artt. 10-13, e All. I (in merito al «Quadro Strategico Comune»); artt. 14-17 (in ordine al contenuto ed al complesso procedimento di approvazione dell'«Accordo di Partenariato»).
- ³⁶ Artt. 26-31, Reg. UE n. 1303/2013.
- ³⁷ Artt. 60 e 120, Reg. UE n. 1303/2013.
- ³⁸ In relazione ai criteri indicati nel medesimo art. 120, Reg. UE n. 1303/2013.
- ³⁹ Alla determinazione delle «spese ammissibili» sono dedicati gli artt. 65 sgg., Reg. UE n. 1303/2013.
- ⁴⁰ Art. 2, primo comma, lett. c), l. 16.4.1987, n. 183.
- ⁴¹ Art. 3, legge n. 183/1987. In esecuzione di tale dettato normativo, da ultimo, CIPE, Deliberazione 28.1.2015, n. 10 («Definizione dei criteri di cofinanziamento pubblico nazionale dei programmi europei per il periodo di programmazione 2014-2020 e relativo monitoraggio»).
- ⁴² T.F.U.E., Titolo VII (*Norme comuni sulla concorrenza, sulla fiscalità e sul ravvicinamento delle legislazioni*, Capo I (*Regole di concorrenza*), Sezione 2 (*Aiuti concessi dagli Stati*)).
- ⁴³ Art. 107, par. 1, T.F.U.E.: «l'incidenza sugli scambi tra Stati membri», e la capacità dell'aiuto di «falsare, o di minacciare di falsare, la concorrenza».
- ⁴⁴ Art. 107, par. 2, T.F.U.E., il cui *incipit* è costituito, significativamente, dalla espressione «sono compatibili»: tra di essi, in particolare (lett. b), gli «aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali».
- ⁴⁵ Art. 107, par. 3, T.F.U.E., ancora significativamente introdotto dalle parole «possono considerarsi compatibili», e diretto ad attribuire questa compatibilità potenziale (rimessa alla verifica casistica della Commissione UE, nei limiti dettati all'interno delle singole «lettere» di cui si compone il medesimo par. 3, e secondo la procedura implementata nel successivo art. 108 T.F.U.E.): 1) agli «aiuti a finalità regionale» (lett. a) e c); 2) agli aiuti destinati alla promozione di «un importante progetto di comune interesse europeo» oppure a rimediare «a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro» (lett. b); 3) agli aiuti destinati alla promozione della cultura ed alla conservazione del patrimonio (lett. d); 4) ad altre categorie di aiuti determinate con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione (lett. e).
- ⁴⁶ Art. 108, T.F.U.E.
- ⁴⁷ Art. 108, T.F.U.E., par. 3, primo inciso.
- ⁴⁸ Art. 108, T.F.U.E., par. 3, ultimo inciso.
- ⁴⁹ Art. 108, T.F.U.E., par. 2.
- ⁵⁰ Art. 108, T.F.U.E., parr. 2 e 3.

- ⁵¹ Il Reg. CE 7.5.1998, n. 994, è stato modificato ad opera del Reg. UE 22.7.2013, n. 733.
- ⁵² Art. 1 («Esenzioni per categoria»), Reg. n. 994/1998.
- ⁵³ Art. 2 (*De minimis*), Reg. n. 994/1998.
- ⁵⁴ L'art. 57, Reg. UE 17.6.2014, n. 651, abroga il precedente Reg. CE 6.8.2008, n. 800 e, nel contempo, l'art. 59 del medesimo Reg. n. 651/2014 determina la vigenza di questo nuovo regolamento per il periodo temporale 1 luglio 2014-31 dicembre 2020.
- ⁵⁵ Si tratta delle seguenti «categorie» (sono indicate tra parentesi le norme del Reg. n. 651/2014 specificamente dedicate a ciascuna categoria): *a*) aiuti a finalità regionale (artt. 13-16); *b*) aiuti alle PMI sotto forma di aiuti agli investimenti, aiuti al funzionamento e accesso delle PMI ai finanziamenti (artt. 17-24); *c*) aiuti per la tutela dell'ambiente (artt. 36-49); *d*) aiuti a favore di ricerca, sviluppo e innovazione (artt. 25-30); *e*) aiuti alla formazione (art. 31); *f*) aiuti all'assunzione ed all'occupazione di lavoratori svantaggiati e di lavoratori con disabilità (artt. 32-35); *g*) aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati da determinate calamità naturali (art. 50); *h*) aiuti a carattere sociale per i trasporti a favore dei residenti in regioni remote (art. 51); *i*) aiuti per le infrastrutture a banda larga (art. 52); *j*) aiuti per la cultura e la conservazione del patrimonio (artt. 53-54); *k*) aiuti per le infrastrutture sportive e le infrastrutture ricreative multifunzionali (art. 55); *l*) aiuti per le infrastrutture locali (art. 56).
- ⁵⁶ Il Reg. UE 18.12.2013, n. 1407 (cfr. art. 8) è entrato in vigore il 1 gennaio 2014, e si applica sino alla data del 31 dicembre 2020. Anteriormente a questo nuovo testo normativo, gli *aiuti de minimis* erano disciplinati dal Reg. CE 15.12.2006, n. 1998.
- ⁵⁷ Il Reg. CE 22.3.1999, n. 659, è stato di recente modificato dal Reg. UE 22.7.2013, n. 734.
- ⁵⁸ Il Reg. CE 21.4.2004, n. 794, è stato anch'esso di recente modificato ad opera del Reg. UE 9.4.2014, n. 372.
- ⁵⁹ Art. 1, Reg. n. 659/1999.
- ⁶⁰ Reg. n. 659/1999: artt. 2-9 (in merito ai «nuovi aiuti», ed all'obbligo della loro tempestiva notifica, da parte dello Stato membro che li istituisce, alla Commissione UE); artt. 10-14 (in riferimento agli «aiuti illegali»); artt. 16-19 (in ordine agli «aiuti attuati in modo abusivo»). L'art. 3, più in particolare, reca la «clausola di sospensione» (*standstill*) della esecuzione dell'aiuto (posta a carico dello Stato membro che lo ha istituito), anteriormente all'adozione di una decisione della Commissione UE diretta ad autorizzare il medesimo aiuto.
- ⁶¹ Artt. 21-23, Reg. n. 659/1999.
- ⁶² Art. 26, Reg. n. 659/1999.
- ⁶³ Art. 14, Reg. n. 658/1999.
- ⁶⁴ «L'applicazione delle regole in materia di aiuti di Stato alle misure adottate per le istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria mondiale» (Commissione UE, Comunicazione 13.10.2008, n. 2008/c270/02); «La ricapitalizzazione delle istituzioni finanziarie nel contesto dell'attuale crisi finanziaria: limitazione degli aiuti al minimo necessario e misure di salvaguardia contro indebite distorsioni della concorrenza» (Commissione UE, Comunicazione 5.12.2008, n. 2009/c10/03).
- ⁶⁵ Commissione UE, Comunicazioni 22.1.2009, n. 2009/c16/01, e 11.1.2011, n. 2011/c6/05.
- ⁶⁶ Commissione UE, Comunicazione 8.5.2012, (2012) 209 def., «Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE», in specie parr. 2.2 e 2.3.
- ⁶⁷ Ricordando i dati (anno 2013) esposti nel precedente par. 2.2, nota 9, si tratta di soltanto 19 interventi statali, e ben 818 interventi regionali.
- ⁶⁸ Il riferimento è, tra le altre, a C. Cost., 8.5.2009, n. 137.
- ⁶⁹ D.p.r. 24.7.1977, n. 616, e d.lgs. 31.3.1998, n. 112.
- ⁷⁰ Ove l'art. 66 (Agricoltura e foreste), d.p.r. n. 616/1977, trasferiva alle Regioni «gli interventi di incentivazione e sostegno della cooperazione e delle strutture associative per la coltivazione, la lavorazione ed il commercio dei prodotti agricoli», e «ogni altro intervento sulle strutture agricole anche in attuazione di direttive e regolamenti comunitari, ivi compresa la erogazione di incentivi e contributi» (secondo comma, lett. c) ed e). E, il successivo art.

- 72 («Promozione e agevolazione di produzioni agricole»), secondo comma, vi includeva «le funzioni di promozione e di agevolazione delle produzioni agricole per la cellulosa».
- 71 Art. 109 («Agevolazioni di credito»), comma primo, d.p.r. n. 616/1977: «Sono comprese fra le funzioni amministrative trasferite alle Regioni nelle materie di cui al presente decreto, anche quelle concernenti ogni tipo di intervento per agevolare l'accesso al credito nei limiti massimi stabiliti in base a legge dello Stato, nonché la disciplina dei rapporti con gli istituti di credito, la determinazione dei criteri dell'ammissibilità al credito agevolato ed i controlli sulla sua effettiva destinazione».
- 72 Art. 110 («Fondi nazionali di rotazione»), d.p.r. n. 616/1977: «I fondi nazionali di rotazione di cui alla legge 27 ottobre 1951, n. 1208, alla legge 26 maggio 1965, n. 590, alla legge 14 agosto 1971, n. 817 e agli articoli 13 e 32 della legge 27 ottobre 1966, n. 910, sono soppressi. Le disponibilità finanziarie sui fondi, di cui al comma precedente, sono versate man mano che si formano nel fondo per il finanziamento dei programmi regionali di sviluppo di cui all'art. 9 della legge 16 maggio 1970, n. 281, e sono ripartite tra le Regioni in conformità delle disposizioni del secondo comma dello stesso articolo».
- 73 Tali funzioni amministrative (art. 17, primo e secondo comma) ricomprendono «qualsiasi attività imprenditoriale diretta alla lavorazione e alla trasformazione di materie prime, alla produzione e allo scambio di semilavorati, di merci e di beni anche immateriali [e le] attività di erogazione e scambio di servizi a sostegno [di queste attività]»; ne sono invece escluse le «attività artigianali e le altre attività produttive» le cui funzioni amministrative, già prima del 1998, erano di spettanza regionale, e le «attività creditizie, di intermediazione finanziaria, quelle concernenti le società fiduciarie, di revisione ed assicurazione».
- 74 Art. 18, comma primo, lett. n), d.lgs. n. 112/1998: tali «criteri generali», unitamente alla implementazione di un apposito sistema informativo, sono tuttora recati all'interno del d.lgs. 31.3.1998, n. 123 (alla cui analisi è espressamente dedicato il successivo par. 5.3.).
- 75 Art. 18, comma primo, lett. o), d.lgs. n. 112/1998. Le attività caratterizzate da una «rilevanza economica strategica» e quelle «valutabili solo su scala nazionale», sono così individuate all'interno del d.p.c.m. 6 agosto 1999: a) gli interventi per la razionalizzazione, ristrutturazione e riconversione produttiva nel campo civile e duale delle imprese operanti nel settore della produzione di materiali di armamento (art. 6, comma 7, 8 e 8 *bis*, d.l. 19.7.1993, n. 237, conv. in l. 19.7.1993, n. 237); b) gli interventi per lo sviluppo e l'accrescimento di competitività delle industrie operanti nel settore aeronautico (l. 24.12.1985, n. 808); c) gli interventi posti in essere attraverso il «fondo speciale» per la salvaguardia dei livelli di occupazione (art. 17, l. 27.2.1985, n. 49); d) gli interventi concernenti la reindustrializzazione delle aree di crisi siderurgica (artt. 7, 8 e 11, d.l. 1.4.1989, n. 120, conv. in l. 15.1.1989, n. 181); e) gli interventi diretti alla attuazione del piano di ristrutturazione del comparto siderurgico (d.l. 20.6.1994, n. 396, conv. in l. 3.8.1994, n. 481); f) gli interventi diretti alla creazione di una rete di centri per lo sviluppo della imprenditorialità nel Mezzogiorno (art. 15, comma 13 e 14, l. 11.3.1988, n. 67); g) gli interventi diretti allo sviluppo imprenditoriale in aree di degrado urbano e sociale (art. 14, l. 7.8.1997, n. 266, legge di poi abrogata dal d.l. 22.6.2012, n. 83, conv. in l. 7.8.2012, n. 134 su cui, *infra*, il successivo par. 4.3.); h) gli interventi a favore della industria navalmecanica ed armatoriale (l. 14.6.1989, n. 234).
- 76 Art. 18, comma primo, lett. p), d.lgs. n. 112/1998.
- 77 Art. 18, comma primo, lett. q), d.lgs. n. 112/1998: si tratta dei «fondi speciali» istituiti dagli artt. 1 e 14 della l. 17.2.1982, n. 46.
- 78 Art. 18, comma primo, lett. r), d.lgs. n. 112/1998: è opportuno precisare che, per le Regioni Toscana ed Abruzzo (cfr. Conferenza unificata Stato-Regioni: deliberazioni 28.11.2002, n. 621/CU, e 6.2.2014, n. 8/CU), il predetto «fondo di garanzia» limita il proprio intervento alla controgaranzia dei relativi «fondi regionali di garanzia» e dei «consorzi di garanzia collettiva fidi».
- 79 Art. 18, comma primo, lett. s), d.lgs. n. 112/1998.

- ⁸⁰ Art. 18, comma primo, lett. z), d.lgs. n. 112/1998.
- ⁸¹ Art. 18, comma primo, lett. aa), d.lgs. n. 112/1998: le direttive per la concessione delle predette agevolazioni in questione sono contenute nel d.m. 2.3.2000 (Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato).
- ⁸² Art. 18, comma primo, lett. bb), d.lgs. n. 112/1998.
- ⁸³ Art. 19, comma primo, d.lgs. n. 112/1998.
- ⁸⁴ Art. 19, comma secondo, d.lgs. n. 112/1998.
- ⁸⁵ Sulla «programmazione negoziata» (art. 2, comma 203, lett. a), l. 23.12.1996, n. 662) come strumento di partenariato pubblico-privato nel finanziamento alle attività economiche e produttive cfr., *infra*, il successivo par. 4.3.
- ⁸⁶ Art. 19, commi quinto, sesto, ottavo e dodicesimo, d.lgs. n. 112/1998. I fondi finanziati dalla legislazione statale sono ripartiti tra le singole Regioni in ossequio ai seguenti «criteri», tuttora dettati nel d.p.c.m. 23.12.2003: a) la media aritmetica tra: 1) la distribuzione percentuale, tra le Regioni, dell'ammontare complessivo delle agevolazioni concesse alle imprese nel periodo 1997-1999; 2) la distribuzione percentuale, tra le Regioni, dell'ammontare complessivo delle agevolazioni di cui al punto 1), incrementato dell'ammontare complessivo delle agevolazioni concesse alle imprese, sempre per il periodo 1997-1999, attraverso il «fondo di garanzia» dedicato allo sviluppo delle «aree depresse» (art. 2, d.l. 23.6.1995, n. 244, conv. in l. 8.8.1995, n. 341); b) la distribuzione, per singola Regione, delle imprese industriali; c) la distribuzione, ancora per singola Regione, del valore aggiunto e degli investimenti delle imprese industriali; d) la distribuzione degli occupati nelle piccole e medie imprese industriali. L'applicazione di tali «criteri», a partire dall'anno 2004, dà luogo alla determinazione dei coefficienti percentuali indicati nell'apposito «Allegato» al medesimo d.p.c.m.: ai primi tre posti si collocano la Lombardia (18,489%), il Veneto (11,277%) e l'Emilia-Romagna (10,026%). All'esito di tale ripartizione, i finanziamenti statali confluiscono in unico fondo regionale (*rectius*, un «fondo unico», all'uopo istituito da ciascuna Regione), amministrato secondo disposizioni normative emanate dalla singola Regione. In ossequio alla riserva di legge di cui all'art. 41, comma terzo, Cost., le Regioni provvedono ad istituire ogni finanziamento alle imprese con propria legge regionale.
- ⁸⁷ Art. 6, d.l. 25.6.2008, n. 112, conv. in l. 6.8.2008, n. 133; l. 23.7.2009, n. 99; art. 3, d.l. 24.1.2015, n. 3, conv. in l. 24.3.2015, n. 33.
- ⁸⁸ Art. 6 *ter*, d.l. n. 112/2008, conv. in l. n. 133/2008 (che costituisce la società per azioni «Banca del Mezzogiorno», «al fine di assicurare la presenza nelle regioni meridionali d'Italia di un istituto bancario in grado di sostenere lo sviluppo economico e di favorirne la crescita»); art. 40, d.l. 31.5.2010, n. 78, conv. in l. 30.7.2010, n. 122.
- ⁸⁹ D.l. 9.10.2008, n. 155, conv. in l. 4.12.2008, n. 190.
- ⁹⁰ D.Lgs. 18.4.2008, n. 82; d.l. 23.10.2008, n. 162, conv. in l. 22.12.2008, n. 201.
- ⁹¹ D.l. 3.11.2008, n. 171, conv. in l. 30.12.2008, n. 205; artt. 22-23, d.l. 30.12.2008, n. 207, conv. in l. 27.2.2009, n. 14.
- ⁹² Art. 12, d.l. 29.11.2008, n. 185, conv. in l. 28.1.2009, n. 2.
- ⁹³ Artt. 7 *quinquies*, 7 *sexies* e 7 *septies*, d.l. 10.2.2009, n. 5, conv. in l. 9.4.2009, n. 33; artt. 1-11 *quater*, d.l. 1.7.2009, n. 78, conv. in l. 3.8.2009, n. 102.
- ⁹⁴ D.l. 28.4.2009, n. 39, conv. in l. 24.6.2009, n. 77 (Eventi sismici Abruzzo); art. 2 («Integrazione del fondo per le emergenze nazionali», eventi sismici Emilia-Romagna), d.l. 12.5.2014, n. 74, conv. in l. 26.6.2014, n. 93.
- ⁹⁵ Art. 1, l. 18.6.2009, n. 69; art. 30, d.l. 6.7.2011, n. 98, conv. in l. 15.7.2011, n. 111.
- ⁹⁶ Art. 4, d.l. 25.3.2010, n. 40, conv. in l. 22.5.2010, n. 73.
- ⁹⁷ D.l. 8.7.2010, n. 105, conv. in l. 13.8.2010, n. 129; art. 27 *sgg.*, d.lgs. 3.3.2011, n. 28.
- ⁹⁸ Art. 1, d.l. 31.2.2011, n. 34, conv. in l. 26.5.2011, n. 75.
- ⁹⁹ Art. 1, d.l. 13.5.2011, n. 70, conv. in l. 12.7.2011, n. 106.
- ¹⁰⁰ Art. 3, d.l. 6.12.2011, n. 201, conv. in l. 22.12.2011, n. 214.

- ¹⁰¹ Art. 23, l. 12.11.2011, n. 183.
- ¹⁰² Art. 70, d.l. 24.1.2012, n. 1, conv. in l. 24.3.2012, n. 27.
- ¹⁰³ Art. 29, d.l. 9.2.2012, n. 5, conv. in l. 4.4.2012, n. 35.
- ¹⁰⁴ D.l. 18.5.2012, n. 63, conv. in l. 16.7.2012, n. 103.
- ¹⁰⁵ Artt. 25 sgg., d.l. 18.10.2012, n. 179, conv. in l. 17.12.2012, n. 221.
- ¹⁰⁶ Artt. 1 e 9, d.l. 21.6.2013, n. 69, conv. in l. 9.8.2013, n. 98; artt. 8 e 8 *bis*, d.l. 24.1.2015, n. 3, conv. in l. 24.3.2015, n. 33.
- ¹⁰⁷ Artt. 1-6, d.l. 28.6.2013, n. 76, conv. in l. 9.8.2013, n. 99; art. 10, d.l. 31.8.2013, n. 101, conv. in l. 30.10.2013, n. 125; art. 1, commi 12 ss., l. 27.12.2013, n. 147.
- ¹⁰⁸ D.l. 8.8.2013, n. 91, conv. in l. 7.10.2013, n. 112; artt. 1 («Art-Bonus-Credito di imposta per favorire le erogazioni liberali a sostegno della cultura») e 9-10 (Imprenditorialità nel settore turistico-alberghiero), d.l. 31.5.2014, n. 83, conv. in l. 29.7.2014, n. 106.
- ¹⁰⁹ Art. 2, d.l. 23.12.2013, n. 145, conv. in l. 21.2.2014, n. 9.
- ¹¹⁰ Artt. 2, 3 e 18, d.l. 24.6.2014, n. 91, conv. in l. 11.8.2014, n. 116; art. 30, d.l. 12.9.2014, n. 133, conv. in l. 11.11.2014, n. 164.
- ¹¹¹ Art. 12, d.l. n. 133/2014, conv. in l. n. 164/2014.
- ¹¹² Emanato a seguito della delega contenuta nell'art. 16, l. 5.5.2009, n. 42, il d.lgs. 31.5.2011, n. 88, reca le «disposizioni in materia di risorse aggiuntive ed interventi speciali per la rimozione di squilibri economici e sociali», così dando attuazione all'art. 119, comma quinto, Cost. Principiando (art. 3) dai finanziamenti destinati, dalla Unione Europea, alla politica di coesione economica, sociale e territoriale (in specie i «fondi» FESR e FSE sui quali, *supra*, il par. 3.2), l'art. 4 istituisce il «fondo [nazionale] per lo sviluppo e la coesione», e l'art. 5 ne individua le regole di programmazione.
- ¹¹³ Gli artt. 44 sgg., l. 24.12.2012, n. 234, razionalizzano il controllo statale sugli «aiuti di Stato», in specie attraverso: il divieto di concessione di ulteriori aiuti alle imprese già beneficiarie di aiuti illegali non rimborsati (art. 46); la disciplina dedicata agli «aiuti pubblici per le calamità naturali» (art. 47); l'implementazione di una procedura semplificata per le «procedure di recupero» degli aiuti, percepiti dalle imprese italiane, ma oggetto di apposite «decisioni di recupero» emanate dalla Commissione UE (art. 48).
- ¹¹⁴ Intervento di riforma adottato con fonte normativa (decreto legge) certamente inadatta e criticabile, e sollecitato dai coevi lavori del «Commissario Straordinario per la revisione della spesa pubblica». In merito a tali lavori, ed ovviamente con esclusivo riferimento al tema dei finanziamenti pubblici alle imprese, cfr.: a) le «Proposte per una Revisione della Spesa Pubblica (2014-2016)» del medesimo «Commissario Straordinario», 33 sgg., «Riduzione trasferimenti inefficienti a imprese e famiglie»: <http://revisionedellaspesa.gov.it/documenti/PRIME_PROPOSTE_PER_UNA_REVISIONE_DELLA_SPESA_xfinal.pdf> (12/2016); b) il documento del «Gruppo di lavoro» sugli incentivi alle attività produttive: <http://revisionedellaspesa.gov.it/documenti/incentivi_all_3.pdf> (12/2016).
- ¹¹⁵ Di seguito, i provvedimenti normativi abrogati, ed il loro oggetto: l. 29.10.1954, n. 1083 (concessione di contributi per lo sviluppo delle esportazioni italiane); l. 30.7.1959, n. 623 (incentivi a favore delle medie e piccole industrie e dell'artigianato); d.p.r. 9.11.1976, n. 902 (credito agevolato al settore industriale); artt. 3 e 4, l. 12.8.1977, n. 675 (interventi per la ristrutturazione e la riconversione industriale); artt. 21 e 32, l. 14.5.1981, n. 219 (eventi sismici del novembre 1980 e del febbraio 1981); art. 10, d.l. 28.5.1981, n. 251, conv. in l. 29.7.1981, n. 394 (consorzi per l'esportazione); artt. 9 e 17, l. 6.10.1982, n. 752 (ricerca mineraria); art. 1, l. 19.12.1983, n. 696 (agevolazione della produzione industriale delle piccole e medie imprese e amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi); l. 1.3.1986, n. 64 (intervento straordinario nel Mezzogiorno); art. 3 *octies*, d.l. 26.1.1987, n. 9, conv. in l. 27.3.1987, n. 121 (fondo nazionale di promozione e sviluppo del commercio); art. 3, d.l. 9.12.1986, n. 832, conv. in l. 6.2.1987, n. 15 (sostegno finanziario alle PMI dei settori commercio e turismo per l'acquisto di locali precedentemente in affitto); l. 3.10.1987, n. 399

(agevolazioni della produzione industriale delle PMI); art. 15, comma 19, l. 11.3.1988, n. 67 (compensi alle società finanziarie «CFI» e «SOFICOOP» per la gestione delle partecipazioni assunte ai sensi della l. n. 49/1985); l. 21.2.1989, n. 83 (interventi di sostegno per i consorzi tra PMI industriali, commerciali ed artigiane); artt. 4 e 7, l. 30.7.1990, n. 221 (interventi di sostegno alle attività minerarie); artt. 5, 6, 8, 12, 17, 23, 27 e 34, l. 5.10.1991, n. 317 (interventi per l'innovazione e lo sviluppo delle PMI); art. 14, l. 27.3.1992, n. 257 (agevolazioni per l'innovazione e la riconversione produttiva relativamente all'utilizzo dell'amianto); art. 1, comma 2, d.l. 22.10.1992, n. 415, conv. in l. 19.12.1992, n. 488 (attività produttive nelle aree sottoutilizzate); d.l. 24.4.1993, n. 121, conv. in l. 23.6.1993, n. 204 (interventi urgenti a sostegno del settore minerario); art. 2, d.l. 20.6.1994, n. 396, conv. in l. 3.8.1994, n. 481 (contributi per dismissioni nel settore siderurgico); art. 3 *bis*, d.l. 19.12.1994, n. 691, conv. in l. 16.2.1995, n. 35 (provvidenze per eventi alluvionali del 1994); art. 1, d.l. 23.6.1995, n. 244, conv. in l. 8.8.1995, n. 341 (agevolazioni in forma automatica per la realizzazione di nuovi investimenti effettuati dalle PMI industriali nelle aree depresse); art. 2, comma 42, l. 28.12.1995, n. 549 (cofinanziamento programmi regionali); art. 11, d.l. 29.12.1995, n. 560, conv. in l. 26.2.1996, n. 74 (disposizioni integrative per precedenti interventi alluvionali); art. 2, comma 203, lett. e) ed f), l. 23.12.1996, n. 662 (contratti di programma e contratti d'area); art. 1, l. 25.3.1997, n. 77 (incentivi per l'acquisto di strumenti per pesare); art. 13, d.l. 28.3.1997, n. 79, conv. in l. 28.5.1997, n. 140 (misure fiscali a sostegno dell'innovazione nelle imprese industriali); art. 8, comma 2, l. 7.8.1997, n. 266 (estensione degli incentivi automatici alle PMI dell'intero territorio nazionale); art. 14, l. 7.8.1997, n. 266 (aree di degrado urbano); artt. 9 e 11, l. 27.12.1997, n. 449 (estensione della l. n. 488/1992 al settore del turismo; incentivi fiscali alle PMI dei settori del commercio e del turismo); art. 24, commi 4, 5 e 6 ed art. 25, comma 7, d.lgs. 31.3.1998, n. 114 (interventi per i consorzi e le cooperative di garanzia collettiva fidi per lo sviluppo delle imprese operanti nel commercio, nel turismo e nei servizi; indennizzi a favore dei soggetti titolari di esercizi di vicinato); art. 22, comma 1, d.lgs. 31.3.1998, n. 143 (disposizioni in materia di contributi e di finanziamenti per lo sviluppo delle esportazioni); art. 54, comma 2, l. 23.12.1998, n. 448 (estensione della l. n. 488/1992 al settore del commercio); art. 5, l. 11.5.1999, n. 140 (agevolazioni per i partecipanti al consorzio «Infomercati», per finanziamenti finalizzati alla connessione al sistema nazionale informatico dei mercati agroalimentari all'ingrosso); art. 4, commi 5, 6 e 7, e 13, commi 3, 4 e 5, d.lgs. 23.5.2000, n. 164 (rilievi geofisici condotti per la ricerca e la coltivazione di riserve di idrocarburi); artt. 6, commi da 13 a 19, 103, commi 5 e 6, 106 e 114, commi 4 e 6, l. 23.12.2000, n. 388 (detassazione degli utili reinvestiti; credito d'imposta per il commercio elettronico; collegamento telematico *quickresponse* fra imprese del settore tessile, dell'abbigliamento e calzaturiero; promozione e sviluppo di nuove imprese innovative mediante partecipazione al capitale di rischio; ripristino ambientale e sicurezza dei lavoratori nei siti di cava); art. 14, commi 1 e 3, l. 5.3.2001, n. 57 (modalità semplificate di applicazione della l. n. 488/1992 per le imprese artigiane); art. 52, commi 77 e 78, e art. 59, l. 28.12.2001, n. 448 (contributi per il settore tessile, dell'abbigliamento e calzaturiero; interventi per la formazione e valorizzazione degli stilisti); art. 2, commi 4 e 5, ed art. 12, l. 12.12.2002, n. 273 (agevolazioni per programmi di sviluppo e innovazione nelle PMI del settore tessile, dell'abbigliamento e calzaturiero; incentivi per il settore delle fonderie); art. 11, comma 3, d.l. 14.3.2005, n. 35, conv. in l. 14.5.2005, n. 80 (fondo per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà); art. 1, commi 280-283, commi 847-850, e comma 853, l. 27.12.2006, n. 296 (credito d'imposta per le attività di ricerca industriale e sviluppo precompetitivo; fondo per la finanza d'impresa; fondo per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà); art. 2, l. 23.7.2009, n. 99 (interventi di reindustrializzazione; utilizzo delle economie di cui alla l. n. 488/1992 e, in particolare, interventi di sostegno, riqualificazione e reindustrializzazione dei sistemi di illuminazione del «Veneto delle armi di Brescia», mediante accordi di programma).

- ¹¹⁶ «Come tale intendendosi la regolamentazione concordata tra soggetti pubblici o tra il soggetto pubblico competente e la parte o le parti pubbliche o private per l'attuazione di interventi diversi, riferiti ad un'unica finalità di sviluppo, che richiedono una valutazione complessiva delle attività di competenza» (art. 2, comma 203, l. 23.12.1996, n. 662).
- ¹¹⁷ All'interno delle banche dati contenenti la normazione regionale, e con riferimento alla sola fonte legislativa, si sono individuati i provvedimenti legislativi regionali recanti, nella loro «epigrafe», le parole «aiuto/i», «agevolazione/i», «contributo/i», «incentivo/i», «finanziamento/i», «fondo/i», «sovvenzione/i».
- ¹¹⁸ L. Abruzzo 28.12.2006, n. 45.
- ¹¹⁹ Art. 18 sgg., l. Abruzzo 23.12.2014, n. 46.
- ¹²⁰ L. Basilicata 5.8.2008, n. 18; l. Liguria 5.12.2011, n. 34.
- ¹²¹ Leggi Basilicata 4.5.2001, n. 22, e 4.1.2002, n. 4.
- ¹²² L. Calabria 14.4.2004, n. 12.
- ¹²³ L. Emilia-Romagna 6.8.1999, n. 20.
- ¹²⁴ L. Emilia-Romagna 23.12.2002, n. 40; l. Liguria 6.6.2008, n. 15; l. Valle d'Aosta 4.9.2001, n. 19; l. Veneto 7.11.2013, n. 25.
- ¹²⁵ L. Friuli-Venezia Giulia 27.2.2012, n. 2.
- ¹²⁶ L. Friuli-Venezia Giulia 4.2.2013, n. 4; l. Liguria 6.6.2008, n. 15.
- ¹²⁷ L. Friuli-Venezia Giulia 13.8.2002, n. 22.
- ¹²⁸ Art. 29, l. Lazio 17.2.2015, n. 3; l. Veneto 6.9.1993, n. 48.
- ¹²⁹ L. Liguria 11.3.2008, n. 3; l. Sardegna 21.5.2000, n. 9.
- ¹³⁰ L. Liguria 16.11.2004, n. 20.
- ¹³¹ L. Liguria 25.7.2008, n. 25.
- ¹³² Leggi Liguria 5.12.2011, 34, e 2.12.2014, n. 39.
- ¹³³ L. Marche 7.7.2009, n. 15.
- ¹³⁴ L. Marche 15.9.2005, n. 21.
- ¹³⁵ L. Molise 14.3.2011, n. 5; l. Valle d'Aosta 18.12.2013, n. 20.
- ¹³⁶ L. Molise 10.8.2006, n. 19.
- ¹³⁷ L. Molise 18.8.2008, n. 27.
- ¹³⁸ L. Piemonte 14.4.2003, n. 8; l. Umbria 29.7.2003, n. 15.
- ¹³⁹ L. Piemonte 21.6.2002, n. 16.
- ¹⁴⁰ L. Puglia 29.6.2004, n. 10; l. Sardegna 29.11.2002, n. 22; leggi Sicilia 6.8.2009, n. 9, e 16.12.2008, n. 23;
- ¹⁴¹ L. Sardegna 13.8.2001, n. 12.
- ¹⁴² L. Sardegna 6.5.1998, n. 14.
- ¹⁴³ L. Sicilia 12.7.2011, n. 11; l. Toscana 29.4.2008, n. 21; l. Umbria 23.3.1995, n. 12; l. Valle d'Aosta 21.3.2003, n. 9.
- ¹⁴⁴ L. Toscana 31.7.2012, n. 45.
- ¹⁴⁵ L. Umbria 23.3.2000, n. 24.
- ¹⁴⁶ L. Valle d'Aosta 1.2.2010, n. 3.
- ¹⁴⁷ L. Valle d'Aosta 5.9.1991, n. 44.
- ¹⁴⁸ Cons. St., V, sent. 23.3.2015, n. 1552: «l'art. 12 opera anche con riferimento ai «finanziamenti», trattandosi di un concetto assimilabile a quello di contributi o agevolazioni»; in ordine all'applicazione della medesima disposizione normativa anche gli «accordi sostitutivi di provvedimenti» (art. 11, l. n. 241/1990), TAR Abruzzo, I, sent. 14.3.2013, n. 225.
- ¹⁴⁹ La forma «legislativa», per lo Stato e le Regioni (in ossequio alla riserva di legge di cui all'art 41, terzo comma, Cost.); la forma «regolamentare» (ed in attuazione-integrazione di una legge comunque diretta ad istituire il finanziamento pubblico), per gli Enti locali, gli enti pubblici non territoriali, ed i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative di interesse generale. Così garantendo, evidentemente, la «pubblicità» dei «criteri» e delle «modalità» in oggetto.

- ¹⁵⁰ Art. 12 («Provvedimenti attributivi di vantaggi economici»), comma primo, l. 7.8.1990, n. 241.
- ¹⁵¹ Con riferimento alla «comparazione di un numero di domande superiori allo stanziamento», *ex plurimis*, Cons. St., V, sent. n. 1552/2015.
- ¹⁵² Art. 12, comma secondo, l. n. 241/1990.
- ¹⁵³ TAR Milano, III, sent. 5.5.2014, n. 1142, e TAR Campania, Salerno, I, sent. 18.6.2010, n. 9415.
- ¹⁵⁴ Di recente: Cons. St., V, sent. n. 1373/2015; Cons. St., V, sent. n. 1552/2015.
- ¹⁵⁵ Dal momento che l'art. 12 si colloca all'interno del Capo III («Partecipazione al procedimento amministrativo»), l. n. 241/1990, tale disposizione attiene «ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, secondo comma, lett. m), Cost.» (art. 29, comma 2 *bis*, l. n. 241/1990), con la conseguenza della sua obbligata applicazione anche nei confronti delle Regioni e degli Enti locali (art. 29, comma 2 *quater*, l. n. 241/1990), nonché dei soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative di interesse generale (art. 1, comma 1 *ter*, l. n. 241/1990). E, d'altronde, un breve sguardo alle leggi regionali in tema di procedimento amministrativo, conferma tale prescrizione: cfr. art. 8, l. Lombardia 1.2.2012, n. 1, ed artt. 19 e 27, l. Emilia-Romagna 6.9.1993, n. 32.
- ¹⁵⁶ Art. 1, comma primo, d.lgs. 31.3.1998, n. 123. A norma del successivo art. 7, comma primo, i finanziamenti pubblici sono attribuiti in una delle seguenti forme: credito d'imposta, bonus fiscale, concessioni di garanzia, contributi in conto capitale od in conto interessi, finanziamenti agevolati.
- ¹⁵⁷ Art. 1, comma terzo, ed art. 12, comma secondo, d.lgs. n. 123/1998.
- ¹⁵⁸ Sui presupposti per riconoscere al beneficiario, a norma dell'art. 2 *bis*, l. n. 241/1990, il risarcimento del «danno da ritardo» nella erogazione di un finanziamento pubblico assoggettato alle procedure di cui al d.lgs. n. 123/1998: TAR Puglia, Bari, II, sent. 12.10.2012, n. 1766.
- ¹⁵⁹ Art. 3, d.lgs. n. 123/1998.
- ¹⁶⁰ Art. 4, d.lgs. n. 123/1998: stante la «automaticità» di tale procedura, l'amministrazione precedente accerta esclusivamente la completezza e la regolarità delle domande presentate dagli interessati (domande registrate secondo l'ordine cronologico di presentazione), ed entro trenta giorni concede il finanziamento nei limiti delle risorse disponibili. Per l'impossibilità da parte del richiedente, nella «procedura automatica», di regolarizzare la documentazione posta a corredo della domanda di finanziamento, «dal momento che presupposto per tale tipo di accelerazione [procedurale] è proprio la completezza di quanto offerto a sostegno della domanda di agevolazione», Cons. St., VI, sent. 18.2.2011, n. 1039.
- ¹⁶¹ Art. 5, d.lgs. n. 123/1998. La «procedura valutativa» può svolgersi mediante procedimento «a graduatoria» ovvero «a sportello»: a) nel «procedimento a graduatoria» sono partitamente regolati, all'interno del bando di gara, i contenuti, le risorse disponibili, i termini iniziali e finali per la presentazione delle domande; la selezione delle iniziative ammissibili al finanziamento pubblico è effettuata mediante valutazione comparativa, nell'ambito di specifiche graduatorie, e sulla base di idonei parametri oggettivi predeterminati nel medesimo bando di gara; b) nel «procedimento a sportello», è prevista l'istruttoria delle domande di finanziamento pubblico secondo l'ordine cronologico della relativa presentazione e, prima di procedere alla istruttoria, sono altresì definite le soglie e le condizioni minime, anche di natura quantitativa, connesse alle finalità ed alle tipologie del finanziamento; ove le disponibilità finanziarie siano insufficienti, rispetto alle domande presentate, la concessione del finanziamento pubblico è disposta secondo il predetto ordine cronologico di presentazione delle domande.
- ¹⁶² Cfr., *supra*, il precedente par. 4.3.
- ¹⁶³ Art. 6, d.lgs. n. 123/1998: se espressamente previsto dal bando, l'atto di concessione del finanziamento pubblico può essere sostituito, in questa fattispecie, da un apposito «contratto».
- ¹⁶⁴ Art. 8, d.lgs. n. 123/1998.

- ¹⁶⁵ Art. 9, d.lgs. n. 123/1998. In giurisprudenza, sulla «revoca per inadempimento» quale atto dovuto al ricorrere dei presupposti di legge, «con la conseguenza che la mancanza di qualsivoglia discrezionalità in capo all'Amministrazione sul 'se' adottare il provvedimento non solo priva di rilevanza il fatto che [essa] abbia ritenuto sussistere nuovi elementi, laddove risulti che quelli precedentemente acquisiti sono idonei a giustificare la revoca; ma anche [che] l'eventuale violazione dell'art. 10, l. n. 241/1990, degrada a mero vizio di forma non invalidante, ai sensi dell'art. 21 *octies*, l. n. 241/1990, quando sia palese che l'esito del procedimento non avrebbe potuto essere diverso, una volta accertata la sussistenza dei presupposti di legge», TAR Puglia, Bari, III, sent. 10.9.2014, n. 1086; sulla necessità, per il legittimo esercizio del potere di revoca, di accertare il profilo dell'imputabilità in capo al soggetto beneficiario del finanziamento pubblico, TAR Sardegna, Cagliari, I, sent. 23.10.2013, n. 657; sulla legittimità della revoca in presenza della alienazione, cessione o distrazione anche di un solo bene acquisito a seguito di ciascun finanziamento, TAR Calabria, Reggio Calabria, I, sent. 15.9.2008, n. 482.
- ¹⁶⁶ In argomento, *amplius*, il successivo par. 6.
- ¹⁶⁷ Ovvero di «annullamento d'ufficio» (art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990).
- ¹⁶⁸ Artt. 1 e 2, d.p.r. 7.4.2000, n. 118.
- ¹⁶⁹ «Per quanto riguarda l'ambito soggettivo di applicazione, le "pubbliche amministrazioni" sono tutte quelle menzionate dall'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, in virtù della previsione dell'art. 1, comma 34, della l. n. 190/2012 e del rinvio operato dall'art. 11, comma 1, del d.lgs. n. 33/2013 [...]. Inoltre, sono tenuti all'adempimento degli obblighi di pubblicazione anche gli enti pubblici nazionali [...] senza distinzione tra enti pubblici economici e non economici [...]. Infine, sono sottoposte agli obblighi di pubblicazione anche le società partecipate dalle pubbliche amministrazioni summenzionate e le società da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 del codice civile», CIVIT [ora ANAC], Deliberazione 15.7.2013, n. 59.
- ¹⁷⁰ «I dati devono essere pubblicati nella sezione "Amministrazione trasparente", sotto-sezione di primo livello "Sovvenzioni, contributi, sussidi, vantaggi economici", sotto-sezioni di secondo livello "Criteri e modalità" e "Atti di concessione". [...] la Commissione è dell'avviso che le informazioni, suddivise per anno, debbano essere pubblicate in elenchi, consultabili sulla base di criteri funzionali (ad esempio, titolo giuridico di attribuzione, ammontare dell'importo, ordine alfabetico dei beneficiari ecc.)», CIVIT, Deliberazione n. 59/2013.
- ¹⁷¹ Art. 26, primo e secondo comma, d.lgs. 14.3.2013, n. 33.
- ¹⁷² Art. 26, terzo comma, d.lgs. n. 33/2013.
- ¹⁷³ Secondo quanto dispone l'art. 27, d.lgs. n. 33/2013, la pubblicazione deve necessariamente ricomprendere i seguenti elementi: a) il nome dell'impresa o dell'ente e i rispettivi dati fiscali o il nome di altro soggetto beneficiario; b) l'importo del vantaggio economico corrisposto; c) la norma o il titolo a base dell'attribuzione; d) l'ufficio e il funzionario o dirigente responsabile del relativo procedimento amministrativo; e) la modalità seguita per l'individuazione del beneficiario; f) il link al progetto selezionato e al curriculum del soggetto incaricato.
- ¹⁷⁴ Ai profili di responsabilità evidenziati nel testo si devono altresì aggiungere le «sanzioni per la violazione degli obblighi di trasparenza», di cui all'art. 46, comma primo, d.lgs. n. 33/2013: «L'inadempimento degli obblighi di pubblicazione [costituisce] elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all'immagine dell'amministrazione [ed è comunque valutato] ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili».
- ¹⁷⁵ Cfr., *supra*, il precedente par. 3.3.
- ¹⁷⁶ Art. 119 (per il «rito abbreviato»), comma primo, lett. m *quinquies*), ed art. 133 (per la «giurisdizione esclusiva»), comma primo, lett. z *sexies*), d.lgs. n. 104/2010, così modificati ad opera dell'art. 49, l. n. 234/2010.
- ¹⁷⁷ L'ordinanza 15.7.2013, n. 3789, con la quale la VI Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso alla Adunanza Plenaria «la questione relativa alla individuazione del giudice avente giurisdizione».

zione sulla domanda relativa all'impugnazione della revoca dei contributi o agevolazioni concesse alle imprese», argomenta infatti minuziosamente in favore della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

¹⁷⁸ Cons. St., Ad. Plen., sent. 29.1.2014, n. 6, cui si conformano, da ultimo, Cons. St., V, sent. 14.10.2014, n. 5086; Cons. St., VI, sent. 15.12.2014, n. 6144; Cons. St., VI, sent. 14.4.2015, n. 1914.

¹⁷⁹ Cass., S.U., 25.1.2013, n. 1776; Cass., S.U., 24.1.2013, n. 1710; Cass., S.U., 7.1.2013, n. 150; Cass., S.U., 20.7.2011, n. 15867; Cass., S.U., 18.7.2008, n. 19806; Cass., S.U., 26.7.2006, n. 16896; Cass., S.U., 10.4.2003, n. 5617.

¹⁸⁰ Cons. St., Ad. Plen., sent. 29.7.2013, n. 13.

¹⁸¹ Ne consegue che: *a*) sussiste sempre la giurisdizione del giudice ordinario quando il finanziamento è riconosciuto direttamente dalla legge, mentre alla pubblica amministrazione è demandato soltanto il compito di verificare l'effettiva esistenza dei relativi presupposti senza procedere ad alcun apprezzamento discrezionale circa l'*an*, il *quid*, il *quomodo* dell'erogazione (Cass., S.U., n. 150/2013); *b*) qualora la controversia attenga alla fase di erogazione o di ripetizione del contributo sul presupposto di un addotto inadempimento del beneficiario alle condizioni statuite in sede di erogazione o dall'acclarato sviamento dei fondi acquisiti rispetto al programma finanziato, la giurisdizione spetta al giudice ordinario, anche se si faccia questione di atti formalmente intitolati come revoca, decadenza o risoluzione, purché essi si fondino sull'inadempimento alle obbligazioni assunte di fronte alla concessione del contributo (art. 9, d.lgs. n. 123/1998, *supra*, par. 5.3). In tal caso, infatti, il privato è titolare di un diritto soggettivo perfetto, come tale tutelabile dinanzi al giudice ordinario, attenendo la controversia alla fase esecutiva del rapporto di sovvenzione e all'inadempimento degli obblighi cui è subordinato il concreto provvedimento di attribuzione (Cass., S.U., n. 1776/2013); *c*) viceversa, è configurabile una situazione soggettiva d'interesse legittimo, con conseguente giurisdizione del giudice amministrativo, solo ove la controversia riguardi una fase procedimentale precedente al provvedimento discrezionale attributivo del beneficio, oppure quando, a seguito della concessione del beneficio, il provvedimento sia stato annullato (art. 21 *nonies*, l. n. 241/1990) o revocato (art. 21 *quinquies*, l. n. 241/1990) per vizi di legittimità o per contrasto iniziale con il pubblico interesse, ma non per inadempienze del beneficiario (Cass., S.U., n. 1710/2013; Cons. Stato, Ad. Plen., sent. n. 17/2013).

¹⁸² L'art. 3, l. 26.4.1990, n. 86, ha aggiunto l'art. 316 *bis* («Malversazione a danno dello Stato»); l'art. 4, l. 29.9.2000, n. 300, ha aggiunto l'art. 316 *ter* («Indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato»); l'art. 22, l. 19.3.1990, n. 55, ha introdotto l'art. 640 *bis* («Truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche»).

¹⁸³ Cass., S.U., 1.3.2006, n. 4511 (all'origine): giurisprudenza conforme sino, di recente, a Cass., S.U., 26.11.2014, n. 25138.

Riferimenti bibliografici

- Alemanno A. 2006, *Aiuti di Stato (dir. com.)*, in S. Cassese (diretto da), *Diz. Dir. Pubbl.*, Milano, I: 192 sgg.
- Annesi M. 1968, *Finanziamenti pubblici*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano: 627 sgg.
- 1976, *Mezzogiorno (legislazione per il)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano: 211 sgg.
- Antoniazzi S. 2010, *Obbligazioni pubbliche e giurisdizione amministrativa*, Giappichelli, Torino.
- Arsi M. 2000, *L'avvio del decentramento degli incentivi alle imprese*, in *Giorn. dir. amm.*: 301 sgg.
- Avanzini G. 1998a, *Commento all'art. 18*, in G. Falcon (a cura di), *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel d.lgs. n. 112 del 1998*, Bologna: 87 sgg.
- 1998b, *Commento all'art. 19*, in G. Falcon (a cura di), *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel d.lgs. n. 112 del 1998*, Bologna: 94 sgg.
- Bachelet V. 1971, *Industria e industrializzazione*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano: 271 sgg.
- Barettoni Arleri A. 1979, *Obbligazioni pubbliche*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano: 383 sgg.
- Basilavecchia M. 2001, *A agevolazioni, esenzioni ed esclusioni (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, V, Milano: 48 sgg.
- Benedetti A. 2006, *Obbligazioni della pubblica amministrazione*, in S. Cassese (diretto da), *Diz. Dir. Pubbl.*, Milano, IV: 3847 sgg.
- Boncinelli V., Caretti P. 2007, *Sviluppo regionale*, in M.P. Chiti, G. Greco (diretto da), *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, Milano, pt. spec., IV: 1999 sgg.
- Bonfitto V. 2010, *Gli aiuti di Stato alle reti di prossima generazione a banda ultralarga*, in *Giorn. dir. amm.*: 840 sgg.
- Bottino G. 2013, *I modelli convenzionali di partenariato pubblico-privato: la giurisdizione della Corte dei conti*, in M. Cafagno et al. (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano: 511 sgg.
- Botto A. 1996, *Istruttoria delle agevolazioni per le aree depresse: trattativa privata*, in *Giorn. dir. amm.*: 849.
- Brancasi A. 1974, *I finanziamenti pubblici in agricoltura tra programmazione e Regioni*, Ciriec, Milano.
- 2010, *La tutela della concorrenza mediante il divieto di aiuti di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 1-2: 195 sgg.
- Buzzacchi C. 2013, *Aiuti di Stato tra misure anti-crisi ed esigenze di modernizzazione: la politica europea cambia passo?*, in *Concorr. merc.*: 77 sgg.
- Carabba M. 1970, *Incentivi finanziari*, in *Enc. dir.*, XX, Milano: 963 sgg.
- Cardoni C. 2003, *Regioni ed incentivi alle imprese*, in *Giorn. dir. amm.*: 1245 sgg.
- Carlone E. 2009, *La «casa di vetro» e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in *Dir. pubbl.*, 3: 779 sgg.
- Cassese S. 2004, *La nuova Costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari.

- Cassetti L. 2005, *La programmazione negoziata come strumento di politica economica e la tutela della concorrenza*, in *Giur. cost.*: 1127 sgg.
- Castaldi G. 1998, *Sovvenzioni, incentivi e finanziamenti pubblici*, in *Dig. disc. priv., Sez. Comm.*, Torino, XV: 84 sgg.
- Cossu G. 1989, *Finanziamenti (dir. pubbl.)*, in *Enc. giur.*, Roma, XV: 1 sgg.
- Crismani A. 2014, *ART-BONUS: strumento partecipativo alla gestione del bene pubblico*, in *Federalismi.it*.
- Croci E., Pericu G. 1990, *Sovvenzioni (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano: 243 sgg.
- della Cananea G. 1993, *Il ruolo della Commissione nell'attuazione del diritto comunitario: il controllo sugli aiuti statali alle imprese*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 399 sgg.
- Ferrara R. 1999, *La programmazione «negoziata» fra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*: 429 sgg.
- Fonderico G. 2007a, *Aiuti alle imprese*, in M. Clarich, G. Fonderico (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano: 22 sgg.
- 2007b, *Aiuti di Stato*, in M. Clarich, G. Fonderico (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano: 28 sgg.
- Galetta D.U. 2009, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Giappichelli, Torino.
- Galgano F. 1982, *Commento all'art. 41*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Rapporti Economici, II: 1 sgg.
- Gallo C.E. 2009, *La disciplina dell'erogazione delle sovvenzioni amministrative alla Corte costituzionale*, in *Foro amm.-CdS*: 2820 sgg.
- Gentile S. 2006, *Tutela della concorrenza e programmazione negoziata al vaglio della Corte costituzionale: verso un nuovo ritaglio restrittivo delle competenze regionali e locali nel sistema delle autonomie?*, in <<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>>.
- Giannini M.S. 1995, *Diritto pubblico dell'economia*, il Mulino, Bologna.
- Gizzi E. 1977, *La ripartizione delle funzioni tra Stato e Regioni*, Giuffrè, Milano.
- Greco G. 2000, *Sovvenzioni e tutela dell'affidamento*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 375 sgg.
- Lariccia S. 2011, *I provvedimenti attributivi di vantaggi economici (Commento all'art. 12, l. n. 241/1990)*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano: 572 sgg.
- Long G. 1990, *Spettacoli e trattenimenti pubblici*, in *Enc. dir.*, XLIII, Milano: 421 sgg.
- Lubrano B. 2008, *Le sovvenzioni nel diritto amministrativo. Profili teorici ed evoluzione storica nel contesto del diritto europeo*, Giappichelli, Torino.
- Malinconico C. 2007, *Aiuti di Stato*, in M.P. Chiti, G. Greco (diretto da), *Tratt. Dir. Amm. Eur.*, Milano, pt. spec., I: 65 sgg.
- Manzella G.P. 2003, *Gli ausili finanziari*, in S. Casasse (a cura di), *Tratt. Dir. Amm.*, Milano, *dir. amm. spec.*, IV: 3729 sgg.

- Marzanati A. 2001, *La programmazione della spesa pubblica tra coordinamento e concertazione*, Giuffrè, Milano.
- 2012, *Semplificazione delle procedure e incentivi pubblici per le energie rinnovabili*, in *Riv. giur. amb.*: 499 sgg.
- Mauro E. 2004, *Appunti sul riparto di giurisdizione in materia di revoca sanzionatoria dei finanziamenti pubblici alle imprese*, in <<http://www.giustamm.it>>.
- Merusi F. 2013, *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dell'unità d'Italia*, in Id., *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Giappichelli, Torino: 83 sgg.
- Moliterni A. 2010, *Finanziamenti (dir. pubbl.)*, Postilla, in *Enc. giur.*, Roma, XV: 1 sgg.
- Morozzo Della Rocca P. 2007, *Il sostegno pubblico agli enti non profit: agevolazioni, concessioni ed erogazioni con finalità sociali*, in *Dir. fam.*: 811 sgg.
- Niro R. 2006, *Commento all'art. 41*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, *Commentario alla Costituzione*, I, Torino: 846 sgg.
- Parisi A. 2002, *Associazioni di tutela dei consumatori, diritto di informazione e presupposti per le sovvenzioni pubbliche alle attività editoriali*, in *Foro amm.-Tar.* 2055 sgg.
- Patroni Griffi F. 2013, *La trasparenza della pubblica amministrazione tra accessibilità totale e riservatezza*, in *Federalismi.it*.
- Pepe F. 2012, *Le agevolazioni fiscali «regionali» in materia ambientale*, in *Riv. dir. trib.*: 281 sgg.
- Pericu G. 1967 e 1971, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Milano, pt. I e pt. II.
- Pietrosanti A.G. 2013, *Sull'apparato sanzionatorio previsto dall'art. 43, d.lg. n. 28 del 2011 in materia di incentivi agli impianti fotovoltaici*, in *Foro amm.-Tar.* 1973 sgg.
- Ramajoli M. 2008, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 41 della Costituzione*, in *Dir. amm.*: 121 sgg.
- Scoca F.G. 2006, *Fondamento storico ed ordinamento generale della giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa*, in *Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)*, Milano: 37 sgg.
- Serrani D. 1970, *Indice cronologico dei provvedimenti di incentivazione: 1946-1969*, Ciriec, Milano.
- 1971 *Lo Stato finanziatore*, FrancoAngeli, Milano.
- Spasiano M.R., Capezio V. 2005, *Assegnazione di fondi comunitari: programmazione negoziata e inapplicabilità delle regole dei procedimenti ad evidenza pubblica*, in *Foro amm.-Tar.* 676 sgg.
- Spuntarelli S. 2009, *Considerazioni in merito alla recente giurisprudenza costituzionale sull'amministrazione per legge*, in *Giur. cost.*: 1478 sgg.
- Tenore V. 2013, *La responsabilità amministrativo-contabile: profili sostanziali*, in Id. (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano: 25 sgg.

- Tonetti A. 2006, *Ausili finanziari*, in S. Cassese (diretto da), *Diz. Dir. Pubbl.*, Milano, I: 550 sgg.
- 2009, *La disciplina comunitaria e globale degli aiuti a favore del sistema bancario*, in *Giorn. dir. amm.*: 659 sgg.
- Tonoletti B. 1998, *Commento all'art. 19*, in G. Falcon (a cura di), *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel d.lgs. n. 112 del 1998*, Bologna: 98 sgg.
- Torchia L. 2009, *Il «finanziamento all'economia» ed i Prefetti, ovvero dell'eterogenesi dei mezzi*, in *Giorn. dir. amm.*: 441 sgg.
- Travi A. 1998, *Commento all'art. 17*, in G. Falcon (a cura di), *Lo Stato autonomista. Funzioni statali, regionali e locali nel d.lgs. n. 112 del 1998*, il Mulino, Bologna: 83 sgg.
- Triggiani E. 2013, *Aiuti di Stato (diritto dell'Unione europea)*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, Milano: 19 sgg.
- Trojano P. 2007, *Indebito conseguimento di sovvenzioni assistenziali nei rapporti fra gli artt. 316-ter e 640-bis. c.p.*, in *Cass. pen.*: 3219 sgg.
- 2008, *Tutela penale delle pubbliche sovvenzioni. Malversazione a danno dello Stato (art. 316-bis)*, in *Cass. pen.*: 3826 sgg.
- Usai S. 2013, *Trasparenza in tema di concessione di sovvenzioni e contributi: è davvero obbligatorio pubblicare anche la determinazione di assegnazione?*, in <<http://www.lexitalia.it>>.
- Vacca M. 1997, *Fondi europei*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento, I, Milano: 550 sgg.
- Vernile S. 2012, *Il controllo prefettizio dell'economia: l'istituzione di speciali Osservatori sul credito*, in *Crisi economico-finanziaria e risposta del diritto*, in *Dir. econ.*, Approfondimenti: 68 sgg.
- Zerboni N. 2007, *Finanziamenti europei 2007-2013. Fondi strutturali, finanziamenti diretti e contributi per la politica agricola*, IlSole24Ore, Milano.

PARTE QUARTA
IMPRESE E SERVIZI PUBBLICI

LIBERALIZZAZIONI

Giovanni Cocco

SOMMARIO – 1. Liberalizzazioni e mercato: il miraggio della crescita economica. Mercato e collettività sociale, una contraddizione solo apparente. 2. La logica interna al mercato e la necessità di rispettarla nella sfera ad esso propria. Gli interventi dei poteri pubblici e la loro tipologia. 3. Fini fondamentali e limiti alla concorrenza. Fini comunitari e fini del nostro ordinamento. La duplice valenza dell'art. 41 Cost. 4. (*segue*) La garanzia della libertà di concorrenza come principio funzionale alla libertà di iniziativa economica, ma anche a protezione della collettività sociale: la lettura della Corte costituzionale. 5. Le linee evolutive interne. 6. Coordinate ricorrenti in tema di liberalizzazioni. 6.1 Le misure di regolazione. 6.2 I limiti dei 'valori costituzionali' a livello interno ed a livello comunitario. 7. I diversi volti della liberalizzazione. 7.1 Premessa. 7.2 Le misure antitrust. 7.3 La concorrenza nel mercato. 7.4 La concorrenza per il mercato. 8. Conclusioni.

1. Liberalizzazioni e mercato: il miraggio della crescita economica. Mercato e collettività sociale, una contraddizione solo apparente

È abbastanza ricorrente che, nel parlare di liberalizzazioni, si adotti, come parametro per giudicare del successo di certe strategie economiche e di certe misure giuridiche, la loro capacità di favorire la crescita economica.

Conseguentemente, dato che una regolazione meno ingombrante è considerata in grado di favorire il perseguimento di tale obiettivo, al giorno d'oggi gli studiosi di diritto pubblico sovente convergono nell'idea che la disciplina di diritto amministrativo, troppo pervasiva e rigida, sia un fattore impeditivo della crescita economica. Secondo una certa corrente di pensiero gli strumenti giuridici volti alla liberalizzazione andrebbero eminentemente giudicati in base alla loro capacità di sfrondare il quadro delle norme preesistenti per far posto ad una disciplina atta ad offrire una risposta efficiente e rapida all'obiettivo imperante della crescita economica (Giovagnoli, 2012: 1).

Allo strumento giuridico di liberalizzazione si attribuisce una valenza puramente negativa: «Le previsioni di liberalizzazione sono norme abrogatrici di norme preesistenti, perché le disposizioni che pongono limiti alla libertà economica devono esse eliminate» (Ramajoli, 2012: 507; su una linea marcatamente empirica, Scoca, 2008: 1 sgg.).

In questo modo, facendo appello ad un fine generalmente accettato, in specie il pieno dispiegarsi della libertà economica accompagnato dalla massimizzazione della soddisfazione del consumatore, non si mette in discussione il valore

intrinseco dell'obiettivo proposto. Il dibattito si mantiene ad un livello squisitamente tecnico, in cui il confronto è sui mezzi e non sui fini (Posner, 2000: 157).

Senza entrare nel merito di queste prese di posizione che trovano giustificazione nell'intento di offrire soluzioni concrete ed immediatamente fruibili in tempi di crisi economica, si vuole solo ricordare che, in linea generale, anche con riguardo al tema delle liberalizzazioni e della concorrenza hanno fatto la loro comparsa pure obiettivi alternativi a quello della mera massimizzazione della crescita economica e della soddisfazione dei consumatori (sulle ragioni delle politiche di intervento pubblico in economia, vedi pure Corso, 1998: 635 sgg.).

È quindi ammissibile ampliare la prospettiva, coniugando i valori economici con altri più ampi e qualitativamente diversi; solo a mo' di esempio collegando la scienza economica (e gli istituti giuridici che la riflettono) all'utilitarismo ossia alla dottrina che afferma che massimizzare la felicità rappresenta il bene supremo (ancora Posner, 2000: 158).

In realtà, da tempo il mercato e la concorrenza non sono più visti come rispondenti ad un ordine naturale ed autoreferenziale, per meglio dire 'spontaneo' (cioè fondato su regole costruite consuetudinariamente dagli stessi attori del mercato), bensì orientato, controllato e corretto dal potere pubblico sulla base di propri giudizi di valore (Libertini, 2014: 30-31).

In questo panorama un dato nuovo che merita sottolineare riguarda il fatto che, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la concorrenza non è più considerata un fine in sé, bensì la condizione per realizzare un mercato interno libero e dinamico. Essa, in ottica comunitaria, rappresenta *uno* degli strumenti volti allo sviluppo di un benessere economico comune: infatti, la protezione dalle distorsioni della concorrenza non è più espressamente indicata all'articolo 3 del T.F.U.E., bensì è inclusa nella nozione di mercato interno, in virtù del protocollo n. 27.

Anche nel sistema comunitario vengono così posti sullo stesso piano la tutela della concorrenza e gli interessi sociali con essa potenzialmente configgenti (ad es. la tutela dell'ambiente). Naturalmente, dal semplice dato della parificazione di livello non scaturiscono indicazioni per orientare la misurazione ed il bilanciamento tra le diverse esigenze. Ma questo non abilita a fermarsi a questo primo aspetto meramente descrittivo.

Si deve provare ad astrarre dal contingente e cimentarsi nella ricerca del senso delle cose.

Su questo sentiero uno spunto può venire dalle riflessioni di un grande liberale, che così si è espresso: «Una società socialmente stabile deve tendere a dare sicurezza di vita alla grandissima maggioranza degli uomini i quali non amano e non sono in grado di sopportare l'incertezza. Non desiderano correre rischi e non saprebbero come affrontarli. È non solo inevitabile, ma è vantaggioso che i

servizi comunali resi dallo Stato diventino sempre più numerosi e vari e ricchi, che l'istruzione gratuita o quasi gratuita delle prime scuole elementari si allarghi a quelle professionali e medie e giunga sino a quelle superiori e universitarie: che gli enti pubblici forniscano alla collettività servizi prima ignoti di luoghi di ricreazione, bagni, parchi, giardini, teatri, concerti. Che le assicurazioni sociali tolgano agli uomini la preoccupazione relativa ad un minimo di vita normale. [...] Importa conservare una certa proporzione di cui l'ottima può essere determinata solo da un'esperienza sempre rinnovata, fra la quota rigida fissa del prodotto sociale totale e quella elastica variabile. Alla collettività importa sia serbata in vita, a condizioni di parità con i componenti la maggioranza, la minoranza di uomini disposti a vivere incertamente, a correre rischi, a ricevere onorari invece di salari, profitti invece di interessi. Importa perché non esista un'alternativa. Gli uomini della minoranza sono necessari perché il meccanismo economico, sociale, morale ed intellettuale di una società viva e progressiva è necessariamente soggetto a rischio perché la vita medesima è mutamenti, è variazione continua, è un succedersi di crisi, di alti e bassi, di transizioni continue» (Einaudi, 1956: 190-191).

Riportando questo passo non si intende porre l'accento sull'alternativa tra più «mercato» o più «welfare», perché la questione non si risolve nel bilanciamento tra il 'tanto' ed il 'poco'. Come si vedrà, restano piuttosto decisive le risposte sul 'come', ossia sul 'come organizzare', 'come combinare' o 'come coordinare' (Bütler, 2000: 142). Però, sempre che se ne accetti l'impostazione di fondo, dal brano che riporta il pensiero di Einaudi si può trarre una chiave interpretativa di sistema in quel passaggio che sottolinea come alla collettività importa sia serbata in vita una minoranza di uomini disposti a vivere in maniera incerta, a mettersi costantemente in gioco, a ricevere profitti invece di rendite. A filo di logica se ne può dedurre che l'esistenza del mercato in definitiva è di interesse dell'intera collettività sociale (gli effetti delle attività economiche sono solo apparentemente limitate ai contraenti), e, quindi, che è pure di interesse della medesima collettività che, nell'ambito in cui si svolgono le transazioni commerciali, esse possano avvenire in modo fisiologico e senza impedimenti. Lo schema è conforme al canone della scienza economica classica secondo cui la libera concorrenza è «cardine fondamentale del sistema economico: si confida che più imprenditori in concorrenza tra loro tenderanno, per procurarsi la preferenza dei consumatori, a migliorare la qualità dei prodotti e a ridurne i prezzi; e che essi tenderanno, per superarsi a vicenda, ad una sempre più intensa utilizzazione delle risorse naturali ed umane, con l'effetto di accrescere la prosperità generale» (Galgano, 1982: 11).

Vero è, però, che ad uno sguardo d'insieme non sembra agevole intravedere nelle liberalizzazioni (economiche) e, più in generale, nelle politiche pro-con-

correnziali un fattore di unificazione del tessuto sociale. Si tratta di leve promozionali che puntano, piuttosto, sulla valorizzazione dell'individuo e sul desiderio di ascesa sociale affidati al singolo.

All'opposto è più l'interventismo statale ad assumere la veste di un cemento unificante; e ciò da sempre, a partire dall'esempio paradigmatico di Sparta.

A Sparta la *poleis* era organizzata come una gigantesca caserma, «ogni cosa fisica e morale era subordinata, scientemente e programmaticamente, alle esigenze della guerra permanente, con il risultato che ai “liberi cittadini” fu imposta una corazza istituzionale dalla quale non potevano uscire» (Pellicani, 2000: 22, che, a sua volta, riprende la celebre lezione di B. Constant su *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, tenuta all'Athénée royal di Parigi nel febbraio 1819, ora 2001, 3 sgg.). Gli uomini erano macchine, di cui la legge regolava le molle e dirigeva gli ingranaggi. «Terpandro non può aggiungere una corda alla sua lira senza offendere gli efori» (ancora Constant, che riprende Plutarco, *Deti dei Lacedemoni* 238 C, 2001, 7).

Solo nell'altra città simbolo dell'antica Grecia, Atene, la libertà personale riuscì a germogliare in forme non dissimili da quelle assunte, molto più avanti, nell'Europa occidentale e negli Stati Uniti. Per l'acquisizione delle risorse, il pacifico commercio riuscì a sostituire l'uso della forza ed il ricorso alla guerra. I bisogni non vennero più soddisfatti sottomettendosi ad un'autorità in grado di imporsi coercitivamente, bensì rivolgendosi al commercio ed alla libera iniziativa della persona.

Se si rapportano questi tratti stringati agli avvenimenti post-unitari, non è difficile rendersi conto che uno Stato neonato, seppur borghese e di ispirazione liberale, non poteva che affidarsi ad un modello marcatamente centralistico, che puntava anche sugli interventi nella sfera economica. Ciò non solo per instillare nelle diverse popolazioni confluite nello Stato unitario il senso (spesse volte forzosamente indotto) di un'appartenenza comune, ma anche per potersi difendere dai rischi dei rigurgiti legittimisti degli Stati preesistenti. Ciò fa ben capire perché condizione essenziale per la costituzione di un mercato nazionale fosse ritenuta l'unificazione legislativa (Cassese, 2012: 8).

In effetti, riferendosi a quell'epoca, si può utilizzare il termine liberismo (intendendolo in senso ristretto), senza riferirsi alle liberalizzazioni quanto piuttosto a tre fenomeni diversi.

Alle privatizzazioni poste in essere dallo Stato unitario che si era ritrovato ad essere proprietario di una quantità considerevole di beni: beni degli stati preunitari; demani collettivi soggetti agli usi civici; beni di quello che aveva costituito l'Asse ecclesiastico.

All'assenza di strutture ministeriali di governo dell'economia, che compariranno solo più tardi.

Alla riaffermazione del postulato liberale secondo cui l'attività economica deve essere autosufficiente, per cui lo Stato crea il mercato, ma non vuole essere presente, è strumento di disciplina dell'economia, ma senza diventare esso stesso produttore o regolatore (Cassese, 2012: 10-11).

La tendenza interventista dello Stato, non certo incline ad una politica di liberalizzazioni, si accentua negli anni successivi, che vedono la creazione delle grandi imprese pubbliche e la crescita degli enti pubblici e delle società con partecipazione pubblica non solo in periodo fascista, ma anche per tutta una lunga fase successiva alla Costituzione repubblicana.

Insomma, guardando all'esperienza del nostro Paese, più che dare un giudizio sul valore unificante della politica delle liberalizzazioni, bisogna riconoscere che liberalizzazioni vi sono state (a prescindere dalla loro incisività) solo in anni recenti ed in forza di spinte fondamentalmente eteronome.

Se ci si astrae, però, un attimo dal contingente e si cerca di porsi su un piano programmatico più generale, è pensabile che alle liberalizzazioni possa essere riconosciuto un segno unificante. Ci si riferisce, evidentemente, all'idea in forza della quale al mercato ed al libero fluire in esso delle transazioni (che le liberalizzazioni possono efficacemente contribuire a realizzare), va riconosciuto, a certe condizioni specificate *infra*, un valore 'unificante' che pervade l'intera collettività sociale e da tutti va coltivato.

Certo, si tratta di incamminarsi sul crinale davvero esile di una sintesi liberal-socialista col pericolo di precipitare nel gorgo di un'operazione meramente trasformistica e, non bastasse, nella consapevolezza che la visione qui propugnata è contraria alla mentalità mondana corrente, che arbitrariamente pone su piani separati: mercato, liberalizzazioni e coesione sociale.

2. La logica interna al mercato e la necessità di rispettarla nella sfera ad esso propria. Gli interventi dei poteri pubblici e la loro tipologia

Per la ragione sopra evidenziata non sono tollerabili interferenze che turbino il libero fluire delle contrattazioni. Le regole sono quelle che si da il mercato, non quelle imposte dall'esterno.

Come suggerisce Sartori: «*la crudeltà del mercato è una crudeltà sociale, una crudeltà collettivistica. Il mercato è cieco di fronte agli individui, è individualisticamente daltonico; è invece una spietata macchina al servizio della società, e cioè dell'interesse collettivo*» (Sartori, 1993: 225-226).

In questa prospettiva l'interferenza della mano pubblica, quando si manifesta, deve, dunque, introiettare una logica tutta interna al mercato e deve avere attuazione solo laddove l'intervento regolatorio si riveli assolutamente indispensabile per suscitare o ripristinare le condizioni di esistenza del mercato. Si giu-

stificano, così, le misure volte a reprimere i cartelli monopolistici, quelle indirizzate ad eliminare le barriere all'ingresso di un mercato, e, in un'ottica diversa che si cercherà di chiarire *infra*, quelle per favorire lo svolgimento delle gare.

Ben si comprende come, in siffatto panorama, la giurisprudenza comunitaria limiti le possibilità di intervento pubblico a quei soli casi in cui l'intervento stesso sia atto a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada oltre quanto necessario al raggiungimento dello scopo¹. E, soprattutto, risulta chiaro perché finalità di natura puramente economica non possono costituire un motivo imperativo di interesse generale atto a giustificare un intervento di regolazione².

Ma, come si è detto, il mercato è una 'macchina' utile alla società umana; la concorrenza non è un valore in sé, è uno strumento per aiutare il benessere sociale. Perciò, quando gli effetti delle azioni del mercato tendono a fuoriuscire dai suoi confini finendo per ripercuotersi sulla società civile, ecco che si manifesta la necessità di un intervento esterno e 'calmieratore' dello Stato.

In un primo senso per garantire a tutti l'accesso al mercato, con il ricorso allo strumento del 'servizio universale'. In un secondo senso, limitando l'iniziativa economica con l'appello a motivi imperativi di interesse generale, identificati dalla giurisprudenza europea nella protezione dell'ambiente³, nella razionale gestione del territorio⁴ e nella tutela del consumatore⁵.

Mentre gli interventi dei poteri pubblici del primo tipo (in una logica interna al mercato e totalmente funzionale alla creazione, al mantenimento ed all'accrescimento della concorrenza) si giustificano in quanto posti a tutela delle imprese (escluse, ovviamente, quelle che tendono a porsi in posizione dominante) e dei consumatori, gli interventi del secondo tipo sono immediatamente collegati alla tutela della collettività sociale.

Incidentalmente va chiarito che questa raffigurazione non riecheggia quella propria della Carta del lavoro fascista (dichiarazione IX, che, a sua volta, aveva metabolizzato i postulati della dottrina liberale), secondo la quale la «produzione economica» era, in linea di principio, rimessa alla libera iniziativa dei privati, e lo Stato si considerava legittimato ad intervenire, nelle diverse forme «del controllo, dell'incoraggiamento e della gestione diretta», solo in presenza di specifiche condizioni: quando l'iniziativa privata si fosse rivelata assente o insufficiente oppure quando, indipendentemente da ciò fosse insorta la necessità di realizzare «gli interessi politici dello Stato» (Galgano, 1982: 15).

Secondo la veduta che si vuole qui patrocinare si tratta, infatti, di due sfere, distinte ma ovviamente non separate, che – di fondo – rispondono a logiche diverse, semmai unificate dal comune valore del 'benessere sociale' e non dalla prevalenza dell'iniziativa economica del singolo.

Lo schema appena individuato, peraltro, potrebbe non andare esente da un rilievo di fondo, riconducibile alla intollerabilità, in ogni caso (secondo la

nota tesi di Adam Smith che il mercato crei l'ordine necessario alla sua propria esistenza), di interventi esterni atti ad influire sugli equilibri naturali del mercato e tali da alterare il fluire fisiologico delle transazioni. Come è intuibile si tratta, però, di una contraddizione apparente, che si scioglie appena si torni con la mente al postulato, oramai comunemente accettato, che mercato e concorrenza non sono valori in sé, ma sono strumenti funzionali alla realizzazione del benessere sociale

Se così è, pare lecito concludere che la concorrenza, a certe determinate condizioni, può sopportare eccezioni in nome di un valore superiore, che essa stessa deve rispettare.

3. Fini fondamentali e limiti alla concorrenza. Fini comunitari e fini del nostro ordinamento. La duplice valenza dell'art. 41 Cost.

Più in particolare, a livello comunitario è possibile identificare i fini sociali ispiratori in quelli sintetizzati nell'art. 3 T.U.E., e riconducibili allo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente.

Sul piano dell'ordinamento nazionale, oramai è disponibile un catalogo dei fini passibili di incidere sull'iniziativa e l'attività economica privata.

Si tratta, come recita l'art. 3 del d.l. n. 138/2011, di:

a) vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali;

b) contrasto con i principi fondamentale della Costituzione;

c) danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana e contrasto con l'utilità sociale;

d) disposizioni indispensabili per la protezione della salute umana, la conservazione delle specie animali e vegetali, dell'ambiente, del paesaggio e del patrimonio culturale;

e) disposizioni relative alle attività di raccolta di giochi pubblici ovvero che comunque comportino effetti sulla finanza pubblica.

Ora, a prescindere dalla eterogeneità dell'ultimo dei casi riportati dalla legge e della sua discutibile legittimità alla luce di quella giurisprudenza comunitaria che sancisce che finalità di natura puramente economica non possono costituire un motivo imperativo di interesse generale atto a giustificare un intervento di regolazione, sta di fatto che le fattispecie riportate dal legislatore italiano sono diverse e più ampie di quelle previste in ambito comunitario (tutela dell'ambiente, tutela del territorio, tutela dei consumatori).

Ciò vale a ribadire che, non ostante in forza del nuovo testo dell'art. 117, comma 1 Cost. si imponga oramai di considerare la normativa comunitaria come incorporata nella dimensione costituzionale, resta fermo che i due plessi normativi continuano ad obbedire a paradigmi interpretativi diversi (Luciani, 2008: 15).

In merito al problema delle liberalizzazioni l'articolo che la Costituzione dedica all'iniziativa economica (il 41) consente di sviluppare due ordini di riflessioni, che si indirizzano su strade diverse, ma che hanno entrambe implicazioni sul piano del diritto comunitario.

Sotto un primo profilo vale il rilievo che il problema costituzionale dell'iniziativa economica deve essere considerato nel quadro complessivo configurato dalla Costituzione repubblicana in linea con l'ordine pluralistico e solidaristico che essa ha inteso imprimere alla comunità nazionale. Un ordine che ha voluto collocare l'uomo al centro del sistema e che tale collocazione ha voluto «movendo dalla premessa della pari dignità sociale e giuridica di tutti gli esseri umani e nell'aspirazione al concreto raggiungimento di un'eguaglianza non meramente formale, bensì autentica ed effettiva» (Sandulli, 1972). L'aggancio alla normativa costituzionale, e – come appena esplicitato – non solo all'art. 41, comma secondo, ma anche al principio personalistico e solidaristico dell'art. 2 ed all'eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3, comma secondo, consente di offrire alla tutela dei 'valori sociali' (si utilizza, volutamente, una terminologia riferibile anche al versante dell'ordinamento europeo) un indirizzo più mirato nel nostro sistema costituzionale, di quanto sia in sede comunitaria. Per questa ragione mentre si può convenire che l'ispirazione della normativa in tema di liberalizzazioni fa riferimento al principio di eguaglianza formale (anche se, all'oggi, le cose, come si è visto, sono un poco cambiate), sul piano interno detta normativa, per essere costituzionalmente accettabile (e legittima) non può recar danno 'alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana' e va valutata nella sua pregnanza sostanziale e nella sua potenzialità di strumento atto a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana. Come è stato opportunamente ricordato, un servizio che, erogato in certe forme, costa meno di quanto costerebbe in altre qualitativamente superiori, può essere considerato migliore dal punto di vista del vantaggio economico degli utenti, ma non necessariamente è il migliore nella prospettiva costituzionale. «In quella prospettiva – si suggerisce – l'economia (specie se banalmente intesa come rapporto tra costi e ricavi) non è mai la fonte dei paradigmi valutativi, per la semplice ragione che il progresso economico non è considerato un bene in sé, ma è visto come un semplice strumento per la realizzazione di non necessariamente armoniche finalità sociali [...] tra le ragioni dell'economia e le ragioni della persona la Costituzione impone quello che possiamo chiamare [un] “bilancia-

mento ineguale”, entro il quale le seconde godono di una posizione di chiaro privilegio» (Luciani, 2008: 16).

Il riferimento ai principi fondamentali della nostra Costituzione (che – è bene ricordarlo – comunque funzionerebbero da ‘contro-limiti’) consente, dunque, di smarcarsi da un’interpretazione a volte troppo rigida e meccanica propria di quell’indirizzo di pensiero che propende per un compito di mero adeguamento del diritto interno al diritto comunitario, in specie se da questa premessa si intende far discendere il postulato che: «l’*intera politica economica e sociale* degli Stati deve essere condotta conformemente ai principi di libera concorrenza e libero mercato» (Giampieretti, 2008: 421, il corsivo è nostro).

Né ad innalzare «il valore dello sviluppo degli scambi al di sopra della tutela dell’interesse sociale nazionale e del valore eventualmente protetto a livello costituzionale» (Torricelli, 2007: 13-14 e n. 34) parrebbe valere il richiamo al testo dell’art. 106, par. 2 del T.F.U.E. (ex art 86 TrCe) che impone un limite di accettabilità alle limitazioni della concorrenza, prevedendo che, in ogni caso, non possa essere compromesso lo sviluppo degli scambi in misura contraria all’interesse dell’Unione.

Infatti vuoi la norma del Trattato, vuoi i richiami giurisprudenziali adottati⁶ hanno riguardo al giudizio sul mantenimento di situazioni di monopolio pubblico ed alle relative giustificazioni di politica economica che fanno appello ad un interesse generale, senza coinvolgere, però, un confronto diretto con i principi fondamentali iscritti nelle Costituzioni degli Stati membri.

D’altro canto tenere nel dovuto conto il riferimento ai valori fondamentali della nostra Costituzione – deve essere chiaro – non implica rinnegare la centralità di un fisiologico allineamento ai principi di un’economia concorrenziale. Questo si può ritenere rispondente all’interesse della collettività sociale e implica, secondo regole di razionalizzazione economica comunemente accettate, che siano ridotte al minimo le interferenze in grado di turbare il libero fluire delle contrattazioni.

A tale compito (agevolato dal nuovo testo dell’art. 117, primo comma) il nostro ordinamento sta procedendo tra incertezze ed oscillazioni e sotto la lente vigile delle istituzioni europee.

Ma è proprio su questo versante, e veniamo così al secondo ordine di considerazioni che se ne voleva trarre, che l’art. 41 della Costituzione parrebbe essere una norma datata, inadatta a costituire una base solida per edificare un’articolata legislazione in tema di liberalizzazioni.

Il riconoscimento della libertà di iniziativa economica privata, individuata nel disposto costituzionale senza una disciplina attuativa, sembra assumere un aspetto formale, risolvendosi in libertà negativa, libertà ‘da’, salvaguardia contro le ingerenze del potere politico. Viceversa, per rendere effettiva l’iniziativa

tiva economica privata è necessario che all'imprenditore sia garantita la possibilità di poter fruire della libertà riconosciutagli dal primo comma della disposizione costituzionale. Il che, precipuamente con riferimento alle imprese di dimensione non grande, può essere consentito solo da politiche del diritto volte a combattere le pratiche monopolistiche, emancipando le imprese che vogliono affacciarsi sul mercato da una posizione di sudditanza rispetto al grande capitale (Galgano, 1982: 13).

La libertà di iniziativa economica privata o è libertà di concorrenza assicurata in modo effettivo alla singola impresa, indipendentemente dalle sue dimensioni, oppure non è.

Lo ha riconosciuto già un indirizzo risalente della Corte costituzionale che aveva posto l'accento sulla «libertà di concorrenza» quale manifestazione della libertà di iniziativa economica privata, suscettibile di limitazioni giustificate da ragioni di «utilità sociale» e da «fini sociali»⁷.

4. (segue) La garanzia della libertà di concorrenza come principio funzionale alla libertà di iniziativa economica, ma anche a protezione della collettività sociale: la lettura della Corte costituzionale

La Corte costituzionale, però, non si è fermata ad individuare la libertà di iniziativa economica privata come vettore della libertà di concorrenza. Ha lavorato nel solco aperto elaborando una nozione più ampia di garanzia della libertà di concorrenza e ponendo in evidenza che essa ha «una duplice finalità: da un lato, integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori e, dall'altro, è diretta alla protezione della collettività, in quanto l'esistenza di una pluralità di imprenditori in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi»⁸. La concorrenza, perciò, identifica un «valore basilare della libertà di iniziativa economica»⁹.

In tal modo, il Giudice costituzionale ha sublimato al rango di valore di rilievo costituzionale l'«assetto competitivo dei mercati a tutela delle stesse imprese e dei consumatori»¹⁰.

Il passaggio è estremamente interessante e pregno di conseguenze perché, per questa via, gli interventi a tutela della concorrenza trovano una diretta copertura costituzionale (e non solo comunitaria), riferita non tanto, o almeno non solo, all'interesse degli imprenditori, ma anche a quello della collettività sociale, che comprende, ma non si esaurisce solo nei consumatori. Il che, a livello dei principi che improntano la legislazione in tema di liberalizzazioni, da una parte consente un'estensione ed un'intensità del raggio degli interventi fino a qualche anno fa impensabile e, dall'altra, rende meno diseguale e, di necessità, più approfondito il confronto tra il valore costituzionale riconducibile alla tutela del-

la concorrenza e gli altri valori costituzionali. Non solo, ma la concorrenza, in quanto elevata a interesse di rango costituzionale, è suscettibile di promuovere gli interventi normativi più adeguati a limitare e sanzionare quelle manifestazioni concrete della libertà di iniziativa economica che si volgono in senso anticoncorrenziale e che, invece, devono soggiacere ai limiti posti a salvaguardia dei valori di livello costituzionale, ivi compreso quello di un assetto competitivo dei mercati. La tutela della concorrenza assurge al ruolo di interesse primario di rango costituzionale volto a regolare la concorrenza.

Questo il ragionamento suggerito dalla Corte.

L'art. 41 è un parametro che garantisce non solo la libertà di iniziativa economica, ma anche l'assetto concorrenziale del mercato di volta in volta preso in considerazione. In relazione ad esso non si può far riferimento esclusivamente al profilo concernente la libertà di iniziativa economica, misconoscendo che la norma costituzionale ha un respiro più ampio, perché «enuclea la “concorrenza” quale bene giuridico distinto dalla libertà di concorrenza, in virtù di un'interpretazione che ha ricevuto conferma dalla previsione della “tutela della concorrenza” come materia attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato (art. 117, secondo comma, lett. e Cost.) e dalla circostanza che la relativa nozione riflette “quella posta dall'ordinamento comunitario” (ex plurimis, sentenze n. 299 del 2012, n. 270 e n. 45 del 2010, n. 430 del 2007 e n. 14 del 2004)»¹¹.

In questa nozione, peraltro, non sono racchiuse soltanto le misure di carattere sanzionatorio o repressivo, ma anche i profili che attengono all'aspetto della «promozione della concorrenza, che è una delle leve della politica economica del Paese» e, conseguentemente, le misure preordinate a realizzare finalità di ampliamento dell'area di libera scelta sia dei cittadini sia delle imprese.

5. Le linee evolutive interne

La legislazione interna, parallelamente, si è andata evolvendo nella stessa direzione, assecondando la spinta di un indirizzo di politica economica maturato anche nell'osservatorio europeo.

In verità, in una lunga prima fase, le potenzialità innovative derivanti dall'art. 41 Cost. sono rimaste sostanzialmente quiescenti e di ciò hanno inevitabilmente risentito gli altri livelli della normazione e dell'amministrazione. Ha supplito un marcato attivismo europeo, che, inserendosi in uno spazio sostanzialmente vuoto, ha mirato ad introdurre nel nostro ordinamento (come in quello degli altri Stati membri) i principi di un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, secondo l'espressione dell'attuale art. 3 del Trattato UE (che, per la verità, non ripete la versione più decisa dell'art. 4, n. 1 del TRCe che si riferiva ad un'«economia aperta ed in libera concorrenza»). Non è certo un miste-

ro che la disciplina della concorrenza ha un'origine esogena che deriva dal processo di integrazione comunitaria. La stessa lettura dell'art. 41 Cost. è stata adeguata via via che il diritto europeo della concorrenza penetrava nell'ordinamento nazionale (Torchia, 2010: 241).

Le istituzioni comunitarie hanno deliberatamente dichiarato di voler promuovere un «ambiente concorrenziale» nel mercato interno, evitando gli interventi che possano impedire l'accesso al mercato o pregiudicare la libertà degli scambi e limitando la presenza pubblica sul mercato alle misure strettamente indispensabili al perseguimento di valori sociali.

Quali sviluppi ha avuto la normativa comunitaria in tema di liberalizzazioni nel nostro ordinamento è quanto ci si accinge ora ad illustrare seppur a grandi linee, fatta avvertenza, però, che non viene qui presa in considerazione la disciplina dei servizi economici di interesse generale perché oggetto di altra trattazione specifica.

Gli scenari di liberalizzazione evidenziatisi in seno al nostro ordinamento riguardano settori diversi, ma, almeno nella fase più recente, sono stati accomunati da una cifra comune: l'idea di concorrenza come valore costituzionale e comunitario, riferibile sia agli interventi repressivi, sia agli interventi promozionali.

Proprio su questo secondo versante il nostro legislatore è sembrato indirizzato a superare, di slancio, l'handicap di una partenza ritardata.

Così, nel marzo del 2011, è stato presentato un disegno di legge costituzionale per la modifica degli artt. 41, 97 e 118 della Costituzione, volto ad introdurre il principio che «L'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge». L'intento dichiarato dell'intervento di revisione costituzionale era quello di «eliminare le incertezze e le contraddizioni presenti nell'attuale formulazione dell'articolo 41». Nella previsione costituzionale – si diceva – se il primo comma contempla una garanzia piena ed assoluta della libertà di iniziativa economica privata («l'iniziativa economica privata è libera»), il terzo comma delinea un modello di economia dirigistica, nel quale sono poste su uno stesso piano l'attività economica pubblica e quella privata (così la relazione al disegno di legge di modifica costituzionale). Questa, che i proponenti ritenevano una sorta di ambiguità del dettato costituzionale (ma, su ciò, si vedano pure i rilievi in senso diametralmente opposto di Rodotà, 2012) avrebbe potuto essere superata facilmente. Non vi era bisogno di una modificazione profonda, bastava una semplice operazione di riassetto volta ad interpretare la disposizione in parola storicamente e sistematicamente nel senso dell'evoluzione verso il primato della libertà d'impresa e dell'eliminazione dell'impronta dirigistica.

La modifica costituzionale, come è noto, non è stata approvata; però la crisi finanziaria e la stasi dell'economia, che hanno flagellato in particolar modo i

paesi deboli dell'area euro, hanno creato il clima più favorevole all'approvazione delle riforme richieste in sede europea, finalizzate all'abbattimento dei vincoli normativi ed amministrativi che imbrigliano il fluire delle transazioni economiche nell'area del libero mercato.

Il seme sparso da Bruxelles, dunque, è germogliato nel nostro Paese in una serie di ondate legislative in tema di liberalizzazioni, il più delle volte approvate sotto l'urgenza della crisi finanziaria.

Sintetizzando molto, si può dire che una prima spallata alla normativa dirigitica è intervenuta con il d.l. 4/7/2006, n. 223 (decreto Bersani), convertito in l. n. 248 del 4 agosto 2006, che, descrivendo «finalità ed ambiti di intervento», dichiarava di voler disporre le misure necessarie ed urgenti «per garantire il rispetto degli articoli 43, 49, 81, 82 e 86 del Trattato istitutivo della Comunità europea ed assicurare l'osservanza delle raccomandazioni e dei pareri della Commissione europea, dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e delle Autorità di regolazione e di vigilanza di settore, in relazione all'improcastinabile esigenza di rafforzare la libertà di scelta del cittadino consumatore e la promozione di assetti di mercato maggiormente concorrenziali, anche al fine di favorire il rilancio dell'economia e dell'occupazione, attraverso la liberalizzazione di attività imprenditoriali e la creazione di nuovi posti di lavoro».

Successivamente, per dare attuazione alla nota direttiva Bolkestein (direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006) è stato approvato il d.lgs. 26/3/2010, n. 59, che reca norme, a portata orizzontale, in tema di liberalizzazione e semplificazione del mercato dei servizi. Le sue disposizioni, pur prevedendo un pacchetto cospicuo di esenzioni che riguardano settori molto importanti (art. 2, e da 3 a 7) si applicano «a qualunque attività economica, di carattere imprenditoriale o professionale, svolta senza vincolo di subordinazione, diretta allo scambio di beni o alla fornitura di altra prestazione anche a carattere intellettuale» (così l'art. 1, c. 1).

Le disposizioni del relativo atto interno di recepimento mirano a modificare i regimi autorizzatori presenti onde facilitare lo svolgimento intracomunitario delle prestazioni, dando attuazione, tra l'altro, al principio in forza del quale, nei limiti del decreto medesimo, la prestazione di servizi, in quanto espressione della libertà di iniziativa economica, non può essere soggetta a restrizioni ingiustificate, onde gli Stati membri non possono imporre i propri requisiti a prestatori di servizi non stabiliti (art. 10).

Seguendo questa filosofia di fondo, vengono meno, o se non altro perdono la propria ragion d'essere, anche i regimi autorizzatori che non siano giustificati da motivi imperativi di interesse generale e che non siano coerenti con i principi di non discriminazione e di proporzionalità (art. 14). Al che si associa, seppur su un piano diverso da quello delle autorizzazioni *stricto sensu*, l'introduzione

ne della denuncia di inizio attività (DIA) ad 'effetto immediato' (art. 85). Tappa evolutiva, limitata alle sole attività commerciali, della DIA 'differita', disciplinata dalla legge sul procedimento amministrativo (l. 241/1990) come strumento di semplificazione.

Non è questa la sede per entrare nel dettaglio delle misure concretamente introdotte nell'ordinamento. E non si vuole certo indugiare in tecnicismi. Occorre però dire che la variante 'immediata' della DIA ha anticipato un altro istituto, che sarebbe stato introdotto di lì a poco ad opera della l. 122/2010 di conversione con modifiche del d.l. 78/2010 (art. 49), la segnalazione di inizio attività (SCIA). Ad un tempo mezzo di semplificazione amministrativa e strumento di liberalizzazione delle attività economiche. Sospesa tra l'accezione legislativa, che la qualifica come attinente alla tutela della concorrenza (art. 49, c. 4 *ter*), e la lettura giurisprudenziale, che ne riconosce invece l'*oggettiva sostanza* di istituto di semplificazione che va oltre la materia della concorrenza (Corte cost., sentenze 164 e 203 del 2012, e più recentemente sentenza 121 del 2014). Sta di fatto che le due anime possono convivere benissimo. Non a caso la Consulta ritiene sì inappropriato il riferimento alla concorrenza inserito nella norma legislativa, ma solo perché lo ritiene riduttivo rispetto all'ambito applicativo più generale che la SCIA è destinata a coprire.

La normativa successiva non ha comunque smentito il legislatore del 2010, posto che ha continuato ad orientarsi verso un modello di amministrazione che attraverso la segnalazione e senza necessità di titoli abilitativi agevola il progressivo abbattimento delle barriere all'iniziativa economica.

La drammatica crisi economica che si profilava all'orizzonte nell'estate del 2011, insieme all'incubo di uno *spread* fuori controllo, hanno, poi fatto cadere le ultime remore delle autorità di governo. E così, in un clima concitato, è venuto alla luce il d.l. 13/8/2011, n. 138, conv., con modif., dalla legge n. 148/2011 (c.d. decreto 'salva Italia').

Non a caso, nella prima parte dell'atto (art. 3, commi 1 e 2) i toni si dimostrano altisonanti, con particolare riguardo all'affermazione (mutuata dalla proposta di modifica costituzionale sopra menzionata) che la libertà di iniziativa ed attività economica, ed il suo corollario che è permesso tutto ciò che non è vietato dalla legge, costituiscono principio fondamentale per lo sviluppo economico ed attuano la piena tutela della concorrenza tra imprese.

A rafforzare il *trend* verso una generale liberalizzazione delle attività economiche si accompagna(va), secondo il terzo comma, la previsione (non più vigente perché dichiarata costituzionalmente illegittima¹²) di una soppressione di tutte le disposizioni normative con essa incompatibili, con conseguente diretta applicazione degli istituti della segnalazione di inizio attività e dell'autocertificazione con controlli successivi.

L'adeguamento di Comuni, Province e Regioni all'obbligo previsto dal primo comma costituiva, altresì, elemento di valutazione della virtuosità dei predetti enti ai sensi dell'art. 20, comma 3, del d.l. 6/7/2011, n. 98. In realtà anche questa disposizione è stata eliminata perché abrogata dall'art. 30, comma 6, L. 12/11/2011, n. 183 (legge di stabilità 2012) a decorrere dal 1 gennaio 2012.

Di sicura importanza sono pure le norme dettate dal successivo d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito nella l. 22.12.2011, n. 214, e più volte modificato.

In particolar modo, l'art. 31, c. 2, statuisce che, in conformità alla disciplina europea e nazionale in materia di concorrenza, costituisce principio generale del nostro ordinamento «la libertà di apertura di nuovi esercizi commerciali sul territorio senza contingenti, limiti territoriali o altri vincoli di qualsiasi altra natura, esclusi quelli connessi alla tutela della salute, dei lavoratori, dell'ambiente, ivi incluso l'ambiente urbano, e dei beni culturali». A questo principio sono tenuti ad adeguarsi anche gli enti del sistema delle autonomie entro un limite temporale definito.

Sempre in seno al medesimo atto legislativo va segnalato quanto disposto dall'art. 34, c. 2, che ribadisce il principio della libertà di accesso, di organizzazione e di svolgimento delle attività economiche, fatte salve le esigenze imperative di interesse generale, costituzionalmente rilevanti e compatibili con l'ordinamento comunitario.

Offrendo concretezza al principio predetto, il comma successivo specifica le tipologie di restrizioni contenute nelle norme vigenti che vengono espressamente abrogate.

L'azione del Governo dei tecnici non si è, però, arrestata a questi risultati.

Sotto l'incalzare della crisi finanziaria internazionale e sotto la pressione delle istituzioni comunitarie (fattori particolarmente influenti per quella peculiare compagine governativa) è stato approvato il d.l. 24/1/2012 n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27 (c.d. decreto 'cresci Italia'), che merita un posto di tutto rilievo nell'universo dei provvedimenti più importanti in tema di liberalizzazioni e di incentivazione della concorrenza.

In questo caso la tecnica redazionale è improntata ad un taglio meno declamatorio e più concreto. Si sceglie la strada dei regolamenti delegati *ex art.* 17, c. 2, l. n. 400/1988, determinando (seppur in maniera non particolarmente esplicita) la materia per la quale la legge autorizza l'esercizio della potestà regolamentare (intuitivamente quella che si riconduce all'iniziativa ed all'esercizio delle attività economiche). Si determinano così le norme generali regolatrici della materia (quelle riconducibili all'art. 1, c. 1, lett. a) e b), nonché al comma 2) e si dispone l'abrogazione delle norme incompatibili con le disposizioni degli adottandi regolamenti con effetto dalla data di entrata in vigore dei regolamenti medesimi.

Nel suo insieme, la disciplina contenuta nell'art. 1 del decreto legge n. 1 del 2012 si colloca nel solco di un'evoluzione normativa diretta ad attuare il principio generale della liberalizzazione delle attività economiche, richiedendo che eventuali restrizioni e limitazioni della libera iniziativa economica debbano trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale e siano rispettose del principio di proporzionalità¹³.

L'intervento normativo «prelude a una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, gli ostacoli al libero esercizio dell'attività economica che si rivelino inutili e sproporzionati e, dall'altro, mantenga le normative necessarie a garantire che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con l'utilità sociale»¹⁴ ed in modo da evitare possibili danni ad una serie di altri valori costituzionali ed interessi generali elencati nell'ultima parte del comma 2.

In questo quadro, l'art. 1, c. 4 tramite una disposizione che prefigura non solo un controllo sostitutivo, ma anche un intervento premiale, estende all'intero sistema delle autonomie il compito di attuare i principi di liberalizzazione. Ed infatti «affinché l'obiettivo perseguito dal legislatore possa ottenere gli effetti sperati, in termini di snellimento degli oneri gravanti sull'esercizio dell'iniziativa economica, occorre che l'azione di tutte le pubbliche amministrazioni – centrali, regionali e locali – sia improntata ai medesimi principi, per evitare che le riforme introdotte ad un determinato livello di governo siano, nei fatti, vanificate dal diverso orientamento dell'uno o dell'altro degli ulteriori enti che compongono l'articolato sistema delle autonomie»¹⁵.

A prescindere da alcuni rilievi di ordine formale (in merito all'*iter* di adozione dei regolamenti di esecuzione ivi previsti), effettivamente la disposizione («cuore» dell'intervento del Governo Monti per la Semplificazione delle procedure degli adempimenti delle imprese, secondo la definizione di Giarda, 2013: 4) appare di evidente importanza perché ha l'ambizione di ridisegnare una parte consistente del sistema amministrativo italiano, disponendo la caducazione tendenziale dei provvedimenti che condizionano *ex ante* l'accesso al mercato, seppur residua il dubbio sulla possibilità di controlli successivi (Saltari, 2012: 581, e, con riguardo ad una diversa fattispecie, Travi, 1998: 647).

L'impronta politica di questo provvedimento legislativo è netta e dichiarata. Essa si iscrive nell'alveo dei provvedimenti di poco precedenti, e, soprattutto, del d.l. 138/2011: la liberalizzazione delle attività economiche è principio generale, le eventuali restrizioni o limitazioni alla libera iniziativa economica debbono trovare puntuale giustificazione in interessi di rango costituzionale o negli ulteriori interessi che il legislatore espressamente elenca.

Vi è, però, un inconveniente da segnalare.

Come si è visto non tutte le norme del decreto Cresci Italia sono auto applicative. Anzi, quelle che ne costituiscono “il fulcro” sono espressamente condizio-

nate dall'approvazione di appositi regolamenti, che, per la verità, non consta siano mai intervenuti (come fonti si sono consultate il documento della Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ufficio per il programma di governo, intitolato *Il monitoraggio dei provvedimenti di attuazione delle leggi approvate durante il governo Monti* del febbraio 2013, con particolare riguardo a quanto riportato nel cap. 2, intitolato *Stima sul livello di efficacia 'auto applicazione' dei decreti-legge 'salva Italia' e 'cresci Italia'*, pag. 24 sgg., ed in esso la tabella a p. 27, che, per quanto riguarda le norme generali sulla concorrenza, da conto che le stesse consistono in 4 articoli, composti da 21 commi, dei quali solo 4 commi sono efficaci; nonché le tabelle relative ai provvedimenti attuativi posti in essere dal Governo Renzi degli atti normativi riferiti al Governo Monti, come riportate nell'apposito sito dell'Ufficio per il programma di Governo dell'attuale esecutivo).

Senza alimentare polemiche sul noto problema della inattuazione o del ritardo di attuazione dei provvedimenti di rango legislativo, si può comunque dare atto che nel *corpus* del decreto *cresci Italia* perlomeno figurano altre norme importanti che non richiedono interventi di normazione secondaria. Si tratta, ad esempio, del comma 2 dell'art. 1, relativo ad un'applicazione tassativa, restrittiva e ragionevolmente proporzionata alle finalità di interesse pubblico generale dei limiti, dei programmi e dei controlli all'iniziativa economica privata, nonché una serie di norme che riguardano singoli settori (professioni regolamentate, distribuzione farmaceutica e dei carburanti, notai, gas naturale). Né può essere trascurata la norma di cui all'art. 25 del decreto, che, pur mantenendo l'impianto della normativa già prevista nel d.l. n. 138/2011 in merito alla disciplina dei servizi pubblici locali, incentiva lo svolgimento dei servizi a rete di rilevanza economica in ambiti o bacini territoriali ottimali in modo da consentire economie di scala e massimizzare l'efficienza dell'attività.

Un posto a sé, anche perché proprio quest'anno, per la prima volta, è stato presentato il relativo disegno di legge, merita la previsione dell'art. 47 della l. 23 luglio 2009, n. 99, che istituisce «la legge annuale per il mercato e la concorrenza», al dichiarato fine di: «rimuovere gli ostacoli regolatori, di carattere normativo o amministrativo, all'apertura dei mercati, di promuovere lo sviluppo della concorrenza e di garantire la tutela dei consumatori».

È previsto che, entro sessanta giorni dalla data di trasmissione al Governo della relazione annuale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, il Governo, sentita la Conferenza unificata, tenendo conto anche delle segnalazioni ed indicazioni eventualmente trasmesse dalle Autorità competenti, adotti un disegno di legge con cadenza annuale, distinto in diverse sezioni che attengono a:

- a) norme di immediata applicazione;
- b) deleghe al Governo per l'emanazione di decreti legislativi;
- c) l'autorizzazione all'adozione di regolamenti;

d) disposizioni recanti i principi fondamentali nel rispetto dei quali le regioni e le province autonome esercitano le proprie competenze normative, quando vengono in rilievo profili attinenti alla concorrenza;

e) norme integrative o correttive di disposizioni contenute in precedenti leggi per il mercato e la concorrenza, con esplicita indicazione delle norme da modificare o abrogare.

Comune alle prime tre sezioni è l'aggiunta che le disposizioni ivi inserite tendono a rimuovere gli ostacoli all'apertura dei mercati, a promuovere lo sviluppo della concorrenza, anche con riferimento alle funzioni pubbliche e ai costi regolatori condizionanti l'esercizio delle attività economiche private, nonché a garantire la tutela dei consumatori.

Al d.d.l. deve essere allegata una relazione di accompagnamento, provvista di indicazioni in merito a: lo stato di conformità dell'ordinamento interno ai principi comunitari ed alle politiche europee in materia di concorrenza; lo stato di attuazione degli interventi previsti nelle leggi per il mercato e la concorrenza degli anni precedenti; l'elenco delle segnalazioni e dei pareri dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Il Governo Renzi ha presentato il disegno di legge concorrenza per il 2015.

A dire il vero il testo non sembra riprodurre la scansione, ordinata per sezioni che vorrebbe l'art. 47 della l. n. 99/2009, ed ha un contenuto eterogeneo, che varia da disposizioni in tema di assicurazioni e fondi pensioni alla eliminazione di vincoli per il cambio di fornitore di servizi di telefonia, da previsioni in tema di servizi (postali, bancari, per la professione forense ed il notariato) a misure in tema di energia.

C'è da sperare che sulla riuscita di questo strumento non si avverino le previsioni infauste di una dottrina autorevole, che esprime dubbi, sia in linea generale, sull'utilizzo dello strumento dei d.d.l. annuali obbligatori (testi normativi *omnibus* a contenuto non omogeneo e troppo complesso), sia nella specie, perché l'esperienza in tema di liberalizzazioni insegna che le leggi di riforma sono condannate a restare sulla carta senza il concorso di altri fattori (istituzionali, culturali, finanziari, di governo del territorio), essenziali per la crescita, e, pur tuttavia, di sovente per nulla considerati (Libertini, 2015: 3).

Nelle intenzioni del governo l'adozione della legge annuale per il mercato e la concorrenza rappresenta uno strumento importante per accrescere la competitività delle imprese, favorire l'ingresso di nuove imprese nei mercati e abbassare il costo di beni e servizi. Sta di fatto, però, che almeno nelle forme che ha assunto il d.d.l. n. 3012/2015 non si intravede un disegno ad ampio respiro per il completamento ed il perfezionamento del quadro normativo in tema di concorrenza.

Le misure di liberalizzazione in senso tecnico sono poche e di portata limitata: oltre all'art. 18 che, abrogando la riserva postale, apre al confronto concorrenziale taluni servizi riguardanti le notificazioni a mezzo posta e consente

all'Italia di normalizzare la propria situazione nel panorama europeo dei servizi postali, si possono menzionare le disposizioni di cui all'art. 19, che abroga la disciplina transitoria di cui all'art 22 del d.lgs. n. 164/2000, relativa alla fornitura di gas per i clienti finali domestici, al fine di superare il regime di definizione amministrativa delle tariffe per la vendita finale di gas naturale (c.d. regime di maggior tutela), e quella parallela di cui all'art. 20, che abroga la disciplina transitoria relativa alla fornitura di energia elettrica per le imprese di limitate dimensioni e per i consumatori finali civili, superando anche in questo caso il regime della disciplina transitoria della maggior tutela.

Le disposizioni che hanno riguardo alle altre materie si occupano soprattutto di tutela del consumatore, libertà di scelta, deregolamentazione, semplificazione.

Per come è formulato l'atto del governo sembra rappresentare più il portato di un adempimento istituzionale che la convinta espressione normativa della volontà politica di proseguire nel cammino di apertura alla concorrenza.

Ma se appare già così angusta la prospettiva dello strumento deputato a favorire l'apertura dei mercati e l'incremento della concorrenza, vien fatto di chiedersi se la spinta politica favorevole alle liberalizzazioni si sia affievolita: per la pesante e duratura crisi economica che ha indebolito dappertutto la fiducia nelle virtù taumaturgiche del mercato e per l'attenuarsi della brezza pro-concorrenziale che spira dalle sedi europee.

È vero, si registra uno scivolamento in basso delle misure di liberalizzazione nell'agenda delle riforme all'ordine del giorno del nostro governo (Napolitano, 2015: 3, 293).

Però da qui a dire che si possa parlare di una dequotazione definitiva delle politiche pro-concorrenziali o addirittura dell'effetto di una crisi del sistema di livello unitario europeo il passo parrebbe un poco forzato.

Quel che l'Europa doveva fare, in merito alla politica della concorrenza, lo ha fatto, e lo sta continuando a fare tramite l'attività di controllo della Commissione e di giudizio da parte dei Tribunali. Certamente le misure possono essere migliorate ed affinate, ma il messaggio, lo schema di azione, sono arrivati in maniera chiara agli Stati membri. Dunque è nella responsabilità e nell'intelligenza di questi ultimi dare attuazione ad un programma coerente di riforme atto a concretizzare un sistema che sappia effettivamente coniugare concorrenza e solidarietà.

Il *deficit* del livello unitario dell'Europa non sta su questo versante, non bisogna cedere alla tentazione di intravedere il liquefarsi di una compattezza faticosamente raggiunta al profilarsi di ogni crisi internazionale. Piuttosto vi è da riconoscere che, nel tempo, ad un'evoluzione del processo di intensificazione della sovranazionalità normativa ha corrisposto un processo di decremento della sovranazionalità decisionale, che arriva a sfiorare il ritorno ad un sistema di intergovernabilità tradizionale. Il punto davvero critico riguarda il fatto che quello eu-

ropeo è tuttora un sistema fortemente scompensato e disomogeneo negli assetti reali di potere, che naviga sotto la stella polare delle nazioni di maggior prestigio (basta considerare la gestione della crisi greca di questi giorni), delle multinazionali più floride e di una burocrazia tecnocratica assai potente.

Per affrontare le sfide della globalizzazione (anche se l'espressione è abusata) è indispensabile intensificare il processo di integrazione politica europea, facendo in modo che la crescita dell'integrazione segua lo stesso ritmo della crescita della legittimazione democratica (su questi aspetti Cocco, 2000: 81 sgg.).

Invece questa buona ricetta si è smarrita. Il fuoco della discussione non è più sull'intensificazione dei legami politici tra i partner europei, ed a ciò si è affiancata una caduta di attenzione anche in merito ai progetti sull'assetto della forma di governo europea in un diverso orizzonte politico.

Il cantiere Europa non è più in costruzione, ad essere benevoli si trova in una situazione di stallo.

Quel che certo è che la crisi non è (per meglio dire, non è solo) una crisi del livello unitario di sovranazionalità normativa, è una crisi politica e costituzionale che percorre un'Europa incapace di pensarsi in una prospettiva unificante e che insiste a rinserrarsi nei confini delle geografie nazionali. L'intensificazione del legame politico che qui si invoca beninteso – non è quella confusa richiesta di «più politica» che da una voce autorevole è stata considerata come sinonimo della istituzionalizzazione delle logiche basate su «un esercizio impietoso del potere che ha prodotto esclusione delle persone e espropriazione dei diritti» (Rodotà, 2015: 29). È, invece, l'avvio di un disegno di unificazione dell'Europa, non più fondato sulla formula intergovernativa e sulla logica economicistica, bensì sulla formula federalista e sulla logica dell'unione politica. Solo costruendo una 'patria comune europea', una patria dei popoli, sarà possibile dare forma all'Europa sociale, all'Europa del vivere in dignità e diritti.

6. Coordinate ricorrenti in tema di liberalizzazioni

Nel nostro Paese il dibattito sulle liberalizzazioni, negli ultimi anni, è aumentato di interesse, ma rischia di restare confinato in una narrazione interessante, ma, per buona parte, astratta e senza ricadute tangibili. Ciò vuoi per le difficoltà incontrate dai governi nel rendere effettive e concrete le tante dichiarazioni di principio sparse a piene mani, vuoi per le collegate e forti resistenze del capitalismo di relazione (a livello statale quanto a livello municipale) a spogliarsi dai privilegi che situazioni di monopolio o semimonopolio in pregiudizio della concorrenza ad esso garantivano (Pitruzzella, 2014: 9-10).

Ad ogni modo, almeno due fattori sembrano ricorrenti negli interventi in tema di liberalizzazioni.

6.1 *Le misure di regolazione*

Anzitutto pare acclarato che una politica finalizzata alla promozione della concorrenza, può comportare il ricorso a misure di 'ri-regolazione' da realizzarsi attraverso strumenti di delegificazione nell'intento di accrescere il livello di concorrenzialità dei mercati¹⁶. Ciò non accade sempre, ma accade spesso e conviene darne atto (un'analisi chiara della 'regolazione' in tema di liberalizzazioni, corredata dalle opportune distinzioni, in Napolitano, 2012: 138 sgg.).

La liberalizzazione per sua natura tende alla razionalizzazione della regolazione in modo da produrre effetti virtuosi per il circuito economico. E la razionalizzazione, a sua volta, specialmente quando si tratta di intervenire in settori fortemente contrassegnati dalle loro caratteristiche tecniche e precedentemente gestiti in regime di monopolio pubblico, implica che bisogna procedere ai necessari adattamenti attraverso un tipo di regolamentazione minuta che può generare un aumento del numero delle regole, anziché una loro diminuzione (Corso, 1998: 630). Questo è particolarmente vero con riferimento ai mercati ove si spletano i servizi di interesse economico generale (comunicazioni elettroniche, energia e gas, trasporti e poste). Il «superamento dei monopoli seguito dall'innesto di un sistema di autorizzazioni "obiettivate" all'ingresso di molteplici operatori economici non ha comportato la deregolamentazione della materia, bensì la riallocazione di ruoli e poteri assegnati, rispettivamente, a Stato e Mercato; una forma di "riorganizzazione", dunque, in cui la nuova "regolazione" delinea la qualità e la diffusione delle prestazioni ed i requisiti di ammissione al mercato» (Simeoli, 2014). Si verifica così un effetto all'apparenza paradossale in quanto la stessa azione di liberalizzazione induce la necessità di un'intensa regolazione «e, quindi, il suo contrario» (Cassese, 2000: 392). Naturalmente il fenomeno non può essere valutato solo in termini quantitativi (avendo riguardo al versante della liberalizzazione c.d. 'giuridica'). Al fine di facilitare la concorrenza è necessario migliorare la qualità della regolazione, evitando misure ingiustificatamente intrusive, cioè non indispensabili e sproporzionate che finiscono col condizionare negativamente l'agire degli operatori sul mercato (conformemente ai concetti propri della liberalizzazione 'economica' la regolazione va giudicata in base alla capacità di incrementare la competizione tra le imprese)¹⁷.

6.2 *I limiti dei 'valori costituzionali' a livello interno ed a livello comunitario*

In secondo luogo, sul terreno delle liberalizzazioni si intrecciano e si incrociano in un confronto mai facile le ragioni del *welfare* e le ragioni del mercato, tanto da indurre taluno a dire che la giurisprudenza europea, costituzionale ed amministrativa testimoniano che «la liberalizzazione intesa come deregolamentazione,

con la sua ideologia radicalmente liberista, trasforma la tensione tra libertà economica e utilità sociale in un conflitto quasi irresolubile» (Ramajoli, 2012: 521).

A fronteggiare le ragioni del mercato stanno le ragioni sociali; a contestarle sotterraneamente si ergono le resistenze del capitalismo di relazione e delle corporazioni professionali spesso celate proprio sotto motivazioni di interesse generale. A questo primo groviglio di difficoltà si aggiunge la travagliata costruzione di una trama legislativa, che molto ha risentito dell'urgenza di provvedere e del forte condizionamento della burocrazia centrale e locale.

In simili frangenti a colmare lo *hiatus* tra principi comunitari e costituzionali che indicano nell'apertura di un mercato autenticamente concorrenziale un obiettivo comune (anche se non parlano all'unisono) e legislazione del *fare*, che ha difficoltà a liberalizzare effettivamente il mercato, può interpersi positivamente un lavoro di interpretazione e di ricucitura del sistema.

In termini giuridici la tensione principale si manifesta tra i due poli rappresentati dal principio della libertà di concorrenza da un lato e gli interessi sociali costituzionalmente rilevanti dall'altro. La prima, di regola, non deve essere assoggettata ad autorizzazioni e limitazioni. I condizionamenti ad opera dei secondi possono intervenire solo se giustificati da motivi imperativi di interesse generale riconducibili al catalogo costituzionale e comunitario e devono comunque rispettare il principio di proporzionalità.

In questo specifico contesto è compito dell'interprete non solo ricercare «la risoluzione delle immancabili antinomie ed interferenze tra assetti disciplinari (di cui deve sperimentare i reciproci adattamenti)», ma anche verificare «quanto della descritta scelta “deregolamentativa” sia effettivamente “libera” per il legislatore ordinario, considerati i concomitanti vincoli costituzionali, comunitari e convenzionali» (Simeoli, 2014).

Il compito si presenta particolarmente arduo dato che la dinamica degli interessi pubblici suscettibili di scrutinio è costantemente in crescita in ragione dell'emergere di nuovi interessi pubblici. Senza una considerazione assai oculata di questo fattore il rischio è che si gonfino i serbatoi delle limitazioni e si restringa l'ambito di libertà dei privati.

Così quando si manifesta il rischio che un'attività economica possa incidere su un interesse costituzionalmente rilevante, il legislatore affida all'amministrazione (o, se si vuole, scarica sulle sue spalle) di valutare, caso per caso, facendo uso del suo potere discrezionale, se quell'attività possa essere autorizzata o meno. «L'interesse costituzionalmente rilevante – è stato detto – non decreta la fine del potere amministrativo, ma ne è, anzi, il presupposto [...]. Oggi, in definitiva, la tutela degli interessi costituzionalmente rilevanti diventa, almeno nel settore delle attività economiche, il compito primario, esclusivo della p.a. e del nuovo diritto amministrativo» (Giovagnoli, 2012: 4).

Per fare un esempio, l'art. 3, comma 1, del d.l. n. 138/2011, che – forse – potrebbe essere considerato, a livello legislativo, la disposizione emblematica della politica di liberalizzazione più recente, introduce norme di principio. Queste ultime, però, non vengono affermate in termini assoluti, né avrebbero potuto esserlo in virtù dei vincoli costituzionali, ma richiedono di essere modulate per perseguire gli altri principi indicati dallo stesso legislatore in attuazione dei principi costituzionali¹⁸. Siffatto ambito di attuazione delle norme e di confronto con i valori di rango costituzionale è affidato al potere discrezionale dell'amministrazione, e, indirettamente, assoggettato allo scrutinio dei giudici ed al catalogo delle loro indicazioni, che qui di seguito si intende ripercorrere in una succinta rassegna e senza pretese di completezza.

Uno degli interessi di rango costituzional-comunitario più frequentemente adottati per giustificare provvedimenti restrittivi è il riferimento alle esigenze di natura ambientale.

La giurisprudenza europea riconosce nella *protezione dell'ambiente* un motivo imperativo di interesse generale che può giustificare una misura restrittiva alla libertà di stabilimento dei cittadini e delle imprese, mentre lo esclude negli interventi normativi adottati con finalità di natura puramente economica (C. giust., 24.3.2011, C-400/08, *Commissione c. Spagna*). Su questa base sono state ritenute incompatibili con il principio della libertà di stabilimento le limitazioni territoriali e superficiali ad un insediamento commerciale, considerandosi, invece, giustificata la sottomissione ad un procedimento autorizzatorio in quanto fondato sulla sussistenza di un obiettivo interesse di protezione dell'ambiente. Sulla medesima lunghezza d'onda, il giudice amministrativo lombardo ha distinto tra atti di programmazione economica che in linea di principio non possono più essere fonte di limitazioni all'insediamento di nuove attività ed atti di programmazione di natura non economica, i quali, invece, nel rispetto del principio di adeguatezza e proporzionalità, possono imporre limiti rispondenti a motivi imperativi di interesse generale. Contestualmente il giudice lombardo ha delineato l'obbligo a carico della p.a. di effettuare un riscontro molto più penetrante che in passato per verificare, anche attraverso un'analisi degli atti preparatori e delle concrete circostanze di fatto, se realmente i divieti imposti possano ritenersi correlati e proporzionati a effettive esigenze di tutela dell'ambiente urbano o afferenti all'ordinato assetto del territorio (TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 10.10.2013, n. 2768, ed, in senso analogo, con riferimento all'intervenuta abrogazione delle disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica, Cons. St., Sez. IV, 7.11.2014, n. 5494).

Non si è ritenuto idoneo a giustificare restrizioni alla concorrenza il richiamo ai limiti rinvenibili nella normativa italiana a *tutela della salute, dell'ambien-*

te e della sicurezza stradale, nel caso in cui detti limiti (consistenti in distanze minime obbligatorie), applicandosi solo ai nuovi impianti di distribuzione del carburante e non a quelli preesistenti, non si dimostrano adeguati, né proporzionati e sortiscono l'effetto di scoraggiare gli imprenditori comunitari (Cons. St., Sez. V, 23.5.2011, n. 3084 e 15.2. 2013, n. 940; prima ancora C. giust., 11.3.2010, C-348/08).

In merito all'esigenza di eseguire un opportuno temperamento di interessi tra tutela della concorrenza ed altri valori costituzionali (in specie anche la *tutela ambientale*), la stessa Consulta ha risolto un caso di interesse. Venivano, in particolare, alla sua attenzione alcune disposizioni del codice del commercio della Toscana che imponevano a carico delle grandi strutture di vendita una serie di requisiti obbligatori inerenti svariate dotazioni e requisiti peculiari. Nella specie il Giudice costituzionale ha ritenuto che, benché questi requisiti potessero essere ispirati a ragioni di protezione dell'ambiente, della salute e di altre esigenze sociali tali da giustificare un limite alla liberalizzazione, pur tuttavia la loro introduzione avrebbe avuto l'effetto di rendere più onerosa rispetto agli operatori di altre Regioni e agli operatori già attivi nella stessa Regione Toscana l'esercizio dell'attività economica con evidente disparità concorrenziale. In realtà la Corte non ha, ovviamente, stigmatizzato il riferimento ai valori di ordine costituzionale, quanto il fatto che il legislatore regionale avesse fatto riferimento ad essi nel codice del commercio, ovvero esercitando la competenza residuale del commercio e impattando, di conseguenza, con il limite della natura trasversale e prevalente della tutela della concorrenza (C. cost., 11.6.2014, n. 165).

In linea generale, allorché le restrizioni alla libera iniziativa economica trovano giustificazione puntuale nel diritto fondamentale individuale e nell'interesse collettivo alla *tutela della salute*, i giudici le hanno ritenute non solo sempre ammesse, ma anzi doverose (TRGA, Trento, 10.7.2013, n. 224). Pur tuttavia la garanzia dell'accessibilità del servizio anche ai cittadini residenti in zone scarsamente abitate non può significare che occorra *tout court* procedere all'allocazione delle farmacie in zone abitate da pochi cittadini, ma che a costoro debba essere assicurata una pronta possibilità di raggiungere la sede farmaceutica (TAR, Sicilia Catania, Sez. IV, 4.3.2013, n. 668).

Anche comprovate esigenze di tutela dell'*ordine e/o della sicurezza pubblica* sono in grado di giustificare limitazioni alla liberalizzazione degli orari per gli esercizi di vendita e somministrazione di alimenti e bevande su aree pubbliche, tuttavia l'introduzione di detti limiti è consentita soltanto in caso di accertata lesione di interessi pubblici tassativamente individuati (sicurezza, libertà, dignità umana, utilità sociale, salute) i quali non possono aprioristicamente e senza dimostrazione alcuna ritenersi incisi (TAR Lombardia Milano, Sez. I, n. 1185/2013, confermata da Cons. St., Sez. V, 30.6.2014, n. 3271).

7. I vari volti della liberalizzazione

7.1 Premessa

Sul piano generale l'attività di *governance* tangente alle liberalizzazioni è stata oggetto di critiche serratissime e in gran parte giustificate con particolare riguardo alla debolezza ed alla contraddittorietà dell'opera del legislatore. Polemicamente si è detto che il più vistoso denominatore comune delle diverse politiche di liberalizzazione sarebbe «il deficit di effettività e comunque la difficoltà di realizzare gli obiettivi che il legislatore si è prefisso» (Ramajoli, 2012: 525 e Libertini, 2015: 3).

Le critiche sono pertinenti, ma il tono forse è un po' troppo accentuato e radicale. Il problema della relazione tra il mercato e la base regolamentativa dello Stato, infatti, non si può recidere con un colpo di maglio affermando che dove c'è il *potere* pubblico non c'è il *diritto* di iniziativa ed attività economica.

Ci sono, infatti, due alternative possibili: scegliere se è preferibile – per mantenere un ordine minimo – tollerare per un periodo più o meno lungo una quota di strutture interventistiche aprendo i mercati a piccoli passi oppure se si ritiene più opportuno realizzare lo shock del cambio completo al più presto per permettere processi spontanei che possano creare un ordine adeguato (Bütler, 2000: 144).

Il nostro Paese ha privilegiato le ragioni di un mutamento più graduale, che meglio si accorda con le caratteristiche proprie di uno Stato di *welfare*. Ciò non sminuisce, per nulla, il senso di una scelta di fondo che è a favore della liberalizzazione del mercato, beninteso entro la cornice che inquadra anche il mercato in quella visione più complessiva ed unitaria finalizzata allo sviluppo della persona umana, di cui si è già fatto parola.

Questa opzione gradualista è la ragione che giustifica (al di là delle timidezze e indecisioni del legislatore) la scansione del processo per la liberalizzazione in diverse stagioni ed il suo diverso modo di atteggiarsi a seconda delle varie situazioni dei mercati, delle contingenze internazionali e delle propensioni dei differenti governi.

Prima di operare una sintetica ricognizione delle diverse modalità di manifestazione del fenomeno che si sta esaminando si pone, però, un problema di precisazione del lessico che è bene non trascurare.

Come è noto, infatti, la dottrina distingue tra *liberalizzazione amministrativa* e *liberalizzazione economica*, con ciò intendendosi che la prima consiste nella soppressione di vincoli pubblici gravanti su operatori privati, mentre la seconda consiste nella soppressione di limiti all'entrata in settori economici particolari (Cassese, 2000: 392; Giovagnoli, 2012: 4; Volpe, 2012).

L'una non va necessariamente insieme all'altra. Anzi sovente la liberalizzazione economica si accompagna ad istituti di regolazione volti a facilitare l'accesso o ampliare l'apertura di un settore o di un'attività. E, a sua volta, la liberalizzazione amministrativa può non avere riflessi immediatamente pro-concorrenziali: si pensi, ad esempio, alla SCIA in tema di interventi edilizi.

In questa sede, sotto il mantello delle liberalizzazioni, si intendono analizzare solo quei casi in cui gli interventi normativi sono volti a creare un mercato o, comunque, ad attenuare restrizioni, vuoti di carattere economico vuoti di carattere giuridico, in un determinato mercato. La nozione è sicuramente più generica ed indeterminata di quella in cui si riserva questo termine alle situazioni caratterizzate dal superamento della necessità del titolo amministrativo precedentemente richiesto per l'accesso al mercato (Travi, 1998: 648) o al venir meno di condizioni di ordine legislativo o amministrativo vincolanti per lo svolgimento di un'attività soggetta al controllo preventivo dell'amministrazione nazionale (De Vergottini, 2009), ma offre il vantaggio di ricomprendere anche quegli interventi a favore della creazione di un mercato più libero ed efficiente che si realizzano smantellando posizioni di fatto dominanti che impediscono l'accesso di altre imprese al mercato e non necessitano del superamento di un titolo amministrativo abilitante.

Se è vero, poi, che la liberalizzazione amministrativa può anche non avere riflessi pro-concorrenziali (*ut supra*), è pure vero che vi possono essere previsioni normative che giovano alla concorrenza nel senso che instaurano forme limitate di concorrenza dove precedentemente non c'erano, senza, però, liberalizzare il mercato. Ci si riferisce al fenomeno, che va sotto il titolo di 'concorrenza per il mercato'.

7.2 *Le misure antitrust*

Tanto precisato, va detto che si può aver riguardo ad una *prima prospettiva* che si proietta internamente al mercato, per la quale 'liberalizzare' (o tutelare la concorrenza) significa fondamentalmente *impedire la formazione di posizioni dominanti o di cartelli* che alterano il libero ed agevole svolgimento delle transazioni. In tale nozione rientrano «le misure legislative di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti o i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati e ne disciplinano le modalità di controllo, eventualmente anche di sanzione¹⁹. Si tratta, in sintesi, di misure antitrust».

La legislazione *antitrust* così rappresentata comporta il divieto per le imprese di abusare di posizioni dominanti a danno dei consumatori.

Il ripristino della libertà economica nel mercato produce effetti sia a favore del consumatore (che vuole garantirsi libertà di scelta) verso i produttori, sia a

favore di nuovi produttori che vogliono entrare in un mercato già occupato da altri imprenditori (Borrello, Cassese, Chiti, 2012: 53).

La possibilità di instaurare un ambiente concorrenziale fa perno su un'attività di regolazione non affidata all'autonomia delle imprese operanti, bensì ad apposite autorità amministrative indipendenti. All'uopo le regole comunitarie hanno imposto agli stati di conferire poteri precettivi e di controllo ad autorità di settore per impedire alle imprese in posizione dominante (spesso in quanto operatori *incumbent*) di utilizzare questa posizione di privilegio per ostacolare lo sviluppo concorrenziale.

Si tratta di misure volte a consentire l'accesso alle infrastrutture e l'interconnessione alle reti oppure a prevenire politiche di *dumping* tramite l'offerta di prezzi di livello eccessivamente basso allo scopo di eliminare la concorrenza o a sanzionare accordi tra imprese volti ad innalzare artificialmente i prezzi o ad imporre altre condizioni di offerta (Torchia, 2010: 99; Napolitano, 2012: 138 e 174).

Le regole di concorrenza comunitarie sono stabilite principalmente negli artt. 101 e 102 del T.F.U.E., che vietano rispettivamente le intese restrittive della concorrenza e gli abusi di posizione dominante posti in essere tra imprese e suscettibili di arrecare pregiudizio al commercio tra gli Stati membri.

Dal 1 maggio 2004 è divenuto applicabile il regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio, che disciplina per la prima volta il rapporto tra norme nazionali e comunitarie di tutela della concorrenza, introducendo per i giudici e le autorità di concorrenza nazionali, un esplicito obbligo di applicazione del diritto *antitrust* comunitario e facilitando l'applicazione della disciplina comunitaria che può intervenire alla stessa stregua della norma nazionale sulla concorrenza.

Dal punto di vista organizzativo il sistema prevede un duplice livello di operatività: in sede comunitaria la Commissione svolge sia una funzione di accertamento e repressione degli illeciti *antitrust* sia una funzione di controllo sull'uniforme applicazione del diritto comunitario da parte delle autorità nazionali preposte alla tutela della concorrenza; sul versante interno la funzione di tutela della concorrenza spetta all'Autorità garante della concorrenza e del mercato come prevista dall'art. 10 della legge n. 287 del 1990. I suoi poteri sono stati modificati in senso ampliativo da leggi successive seppur non risultano sempre incondizionati come dimostra la vicenda del c.d. 'decreto Alitalia'. Sull'episodio, che ha suscitato vasta eco sui giornali e nell'opinione pubblica, ma soprattutto sulle sue implicazioni giuridiche si possono vedere almeno le ordinanze del TAR Lazio che ha sollevato la questione di legittimità costituzionale (TAR Lazio, ordd. 27/5/2009, nn. 682, 683 e 684) e la decisione della Consulta che ha avallato il contenuto del disposto normativo portato alla sua attenzione, condividendo l'idea che i fini sociali invocati in questo caso potessero rappresentare un limite eccezionale alla tutela della concorren-

za e misurabile sulla base di un test di efficienza modulato sulla soddisfazione dei consumatori²⁰.

7.3 *La concorrenza nel mercato*

Come *secondo scenario* è possibile considerare i casi in cui l'intervento pubblico si rivolge a *creare il mercato o ad ampliarne i confini*, liberandolo da barriere d'ingresso.

Le misure legislative di promozione servono a ridurre o eliminare vincoli al libero esplicarsi della capacità imprenditoriale e della competizione tra imprese.

«In tale maniera – come si è espressa la Corte costituzionale – vengono perseguire finalità di ampliamento dell'area di libera scelta sia dei cittadini, sia delle imprese, queste ultime anche quali fruitrici, a loro volta, di beni e di servizi. Si tratta, in altri termini, dell'aspetto più precisamente di promozione della concorrenza, che è una delle leve della politica economica del Paese»²¹. In sintesi, si pongono le misure volte ad assicurare la concorrenza 'nel mercato'.

Ora, quando si esaminano questi grappoli di provvedimenti, c'è da tener presente la situazione di partenza in cui intervengono leggi del Parlamento e atti del Governo. A gravare è l'eredità del clima economico uscito dal secondo dopoguerra. Un clima in cui l'imprenditore abbisogna dell'ausilio della finanza pubblica e dell'amministrazione pubblica.

Ciò, volendo tener fede ad una prospettiva gradualista, giustifica in certa misura il perché la prima tornata delle liberalizzazioni (fino al 2008) sia stata molto più dimostrativa che incisiva, e si sia risolta in una sorta di semi-liberalizzazioni, che non hanno eliminato la necessità dei provvedimenti abilitativi, bensì hanno ridotto i limiti ed i vincoli per l'accesso ai mercati (taxi, farmacie e professioni).

Bisogna attendere gli esiti della crisi finanziaria, poi economica, manifestatasi dal 2008 in poi perché si verifichi un cambiamento significativo di prospettiva.

Come si è già avuto modo di illustrare ampiamente, muta il paradigma di riferimento nel senso che qualsiasi attività economica è libera e permessa (e ciò riduce sensibilmente lo spazio per i provvedimenti di assenso all'accesso al mercato) salvo il rispetto dei limiti individuati dalla normativa costituzionale e comunitaria.

Due si stagliano come obiettivi specifici: il pieno dispiegarsi dell'attività economica privata (con la possibilità di ingresso degli imprenditori *new comers*) ed il benessere dei consumatori-utenti, che, per effetto di un'accresciuta concorrenza, dovrebbero fruire di servizi di qualità migliore ed a prezzi più bassi (Ramajoli, 2012: 510).

Entrambi gli obiettivi non sono affidati solo all'equilibrio delle libere forze del mercato, ma sono accompagnati da un'attività di regolazione pubblica.

Per quanto riguarda il primo, le misure di regolazione pro concorrenziali aprontano una disciplina asimmetrica che considera in maniera differenziata i soggetti dotati di un significativo potere di mercato rispetto ai nuovi entranti (ad esempio in ragione del fatto che sono proprietari delle reti infrastrutturali o di altro tipo difficilmente duplicabili), ma prevede pure talune forme di compensazione nel caso di superamento di precedenti situazioni di riserva all'*incumbent* (la descrizione, per quanto riguarda il servizio postale, è illustrata da Torchia, 2010: 109). Le misure asimmetriche si giustificano in quanto le condizioni per garantire l'accesso al mercato sono troppo onerose, resta frustrata la possibilità di competere e, in definitiva, risulta impedito l'esercizio dell'iniziativa economica. Le misure asimmetriche in quanto incidono sulla regola dell'uguaglianza formale tra *competitors*, sono rappresentate come misure eccezionali, sottoposte ad uno stretto scrutinio di adeguatezza e proporzionalità.

Il raggiungimento del secondo obiettivo è sempre accompagnato da misure di tutela «dell'interesse generale, in particolare per garantire, con il concetto di servizio universale, l'accesso di ciascuno, indipendentemente dalla situazione economica, sociale o geografica, ad un servizio di qualità specificata ed un prezzo abbordabile» (sul servizio universale ancora Napolitano, 2012: 138 sgg.; Torchia, 2010: 110 sgg.; Ramajoli, 2012: 511).

Inutile aggiungere, perché l'argomento è stato ampiamente analizzato, che sia nella modalità di assetto della concorrenza *nel mercato* che in quello della concorrenza *per il mercato* che viene trattato subito appresso, sono possibili limitazioni per tutelare interessi pubblici che fanno riferimento a valori costituzionali e comunitari.

7.4 La concorrenza per il mercato

Infine si può aver riguardo alle ipotesi in cui la liberalizzazione è rivolta a suscitare la concorrenza attraverso l'imposizione di strumenti appositi (le gare)²².

Sempre riprendendo le definizioni del Giudice di costituzionalità delle leggi in questo terzo scenario le disposizioni legislative «perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da assicurare “la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici”». Si tratta, in sintesi, di interventi mirati a garantire la *concorrenza per il mercato*.

In questo caso la concorrenza è concorrenza per il monopolio, è una concorrenza temporizzata che si consuma con la celebrazione della gara. Quindi non è liberalizzazione; anzi è il suo contrario perché mira all'appropriazione in esclusiva di un intero segmento di mercato. È stata, anche, definita una concorrenza parassitaria o fasulla perché altro non sarebbe che un metodo artificiale per ovviare all'assenza di concorrenza all'interno del mercato (Merusi, 2010: 1 sgg.).

Forse la si può, però, osservare sotto una luce meno negativa se si considerano i seguenti fattori. Anzitutto la procedura ad evidenza pubblica, in linea di massima, si innesta sull'eliminazione di diritti speciali o esclusivi in precedenza concessi alle imprese. In secondo luogo, deve essere condotta in condizioni di massima pubblicità, trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione. E questo comporta, o dovrebbe comportare, che l'offerta prescelta abbia superato – sia pure in quel frangente – il più accurato e ponderato vaglio competitivo. Nel momento genetico, dunque, la concorrenza c'è stata, ed è stata ai massimi livelli seppur temporalmente limitata e, paradossalmente, finalizzata ad eliminare la concorrenza *pro futuro*.

In proposito il nostro Giudice costituzionale non ha fatto ragionamenti particolarmente sofisticati, limitandosi a dire che può considerarsi che sussista la concorrenza per il mercato quando il contraente viene scelto mediante procedure di garanzia che assicurino il rispetto dei valori costituzionali e comunitari consistenti, da una parte, nell'imparzialità e nel buon andamento dell'agire amministrativo, e, dall'altra, nei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi. Condizione ritenuta, senza esitazioni, presente nelle procedure ad evidenza pubblica²³.

Da ultimo (e dovrebbe trattarsi dell'argomento dirimente più di ogni altro), la concorrenza per il mercato dovrebbe attenere esclusivamente a quelle limitate situazioni in cui risulta inconfutabilmente che non vi è spazio per la concorrenza nel mercato, ad es. perché la rete distributiva non è replicabile. Va detto, però, che si tratta di un aspetto critico perché, non a torto, si rimprovera al legislatore la colpa di non aver avviato un serio processo di selezione dei servizi suscettibili di liberalizzazione, bensì di aver perseverato nel privilegiare la scelta della concorrenza per il mercato.

Anzi della ponderazione del problema il legislatore nazionale ha dimostrato di volersi disinteressare (non ostante le segnalazioni dell'AGCM, e un po', come ha fatto, con il macchinoso sistema di verifica delle condizioni per l'*in house*), scaricando sulle Regioni il compito di organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica in ambiti territoriali ottimali al fine di consentire economie di scala e di selezione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio (Ramajoli, 2012: 513-515).

8. Conclusioni

C'è chi si è posto, con nettezza, la domanda se la liberalizzazione possa coesistere col *social welfare*. Ed ha risposto negativamente sulla base di una supposta antiteticità dei termini. Il ragionamento è questo: essendosi imposta la funzione di *social welfare* sul continente europeo ed essendo stata costi-

tuzionalizzata, la liberalizzazione classica e completa del mercato non è più realizzabile.

Senza ripetersi va obiettato quanto segue: un mercato completamente liberalizzato e totalmente affidato all'autodeterminazione è un'astrazione.

Il mercato convive – deve convivere – con interventi autoritativi. Il punto focale del problema è che questi interventi vanno concepiti come adeguati e proporzionati al perseguimento dei valori fondamentali che unificano mercato e società civile.

In questa prospettiva, lo si è detto da subito, è essenziale che al mercato ed alle sue regole sia garantito uno spazio appropriato, proprio perché un sano ed equilibrato sviluppo delle transazioni commerciali è funzionale a produrre le risorse economiche essenziali per garantire i diritti della società civile. E – come tutti sappiamo – ciascun diritto ha un costo.

Ne viene di conseguenza, come ha giustamente osservato il Presidente dell'AGCM nella sua ultima relazione, che «la tutela dei diritti passa anche attraverso il prelievo fiscale da cui si ottengono le risorse per la loro tutela. Ma significa altresì che è ancora più indispensabile un'economia che produca quella ricchezza da cui ricavare le risorse per garantire i diritti».

È in corso una ridefinizione dei rapporti tra mercato (per meglio dire una frazione degli attori della sfera economica) e società. «Da una parte – sempre per riprendere le parole del Presidente dell'antitrust – c'è un modello di capitalismo fondato sulle relazioni tra alcuni grandi poteri economici, sul rapporto privilegiato con gli apparati pubblici, sulla protezione nei confronti dei concorrenti, soprattutto quelli esteri. Dall'altra c'è un modello ispirato ad una concezione aperta dell'economia e della società, dove è centrale una competizione basata sui meriti, che spinge verso l'innovazione e pone al centro il benessere del consumatore» (Pitruzzella, 2014: 11).

Attraverso la creazione di un ordine di mercato più aperto, caratterizzato da una concorrenza basata sui meriti, piuttosto che sulle rendite di posizione, meno dipendente dalle decisioni e dai favori degli apparati pubblici si può realizzare il duplice obiettivo di migliorare il benessere dei cittadini e incrementare la crescita economica. Per farlo, bisogna rompere il circuito perverso che vede gruppi di potere ben determinati chiedere per se stessi privilegi di ordine legale e la classe politica accontentarli per evitare l'ingresso di attori da essa stessa meno condizionabili (Mingardi, 2009: 70-71).

La spinta verso un ordine del mercato più aperto, con una vera concorrenza non basata sui privilegi del capitalismo di relazione, deve però coniugarsi con l'esigenza di rafforzare la coesione sociale messa a dura prova dalla grande crisi degli ultimi anni. Solo così la liberalizzazione, superando ogni riduzionismo economicistico, diventa costruzione di costumi, educazione della persona, strumento di effettivo progresso civile.

Per raggiungere questi obiettivi bisogna rifarsi ad un'idea di mercato che è quella di un ordine giuridico, dove il diritto non definisce solo la cornice esterna, ma interviene nel mercato, col fine di rimediare alle esternalità negative, evitare gli abusi di potere economico, realizzare la concorrenza dove la dinamica spontanea porterebbe al monopolio, tutelare i consumatori, sostenere e realizzare i fondamentali diritti dei cittadini.

È vero che le cose non sono andate sempre in questo verso, ma proprio questo apparente insuccesso – se restano salde le convinzioni di fondo – dovrebbe indurci a superare la tentazione di un immobilismo autocommiserante, spingendoci a rendere effettivi i principi dell'economia sociale di mercato: senza annichilire la società civile e senza abiurare la concorrenza e le liberalizzazioni.

Note

- ¹ Si veda C. giust., sentenze 10.3.2009, C-169/07, Hartlauer, punto 44; 19.5.2009, cause riunite C-171/07 e C-172/07, Apothekerkammer des Saarlandes e a., punto 25.
- ² C. giust., sentenza 15.4.2010, C-96/08, CIBA, punto 48 e giurisprudenza ivi citata.
- ³ Vedi, in particolare, C. giust., 11.3.2010, C-384/08, Attanasio Group, punto 50 e giurisprudenza ivi citata.
- ⁴ Vedi, per analogia, C. giust., 1.10.2009, C-567/07, Woningstichting Sint Servatius, punto 29 e giurisprudenza ivi citata.
- ⁵ Vedi, in particolare, C. giust. 13.9.2007, C-260/04, Commissione/Italia, punto 27 e giurisprudenza ivi citata.
- ⁶ Il rinvio alla sentenza della C. giust., 14.7.1971, C-10/71, *Porto di Merzet*, non sembra risolutivo e tale da farne discendere l'assunto di una priorità degli interessi dell'Unione quando vengano ad essere coinvolti principi costituzionali fondamentali. In realtà la sentenza non definisce nemmeno la questione al suo esame, si limita ad affermare che l'applicazione dell'art. 90, n. 2 del TrCe (ora art. 106 T.F.U.E.) implicherebbe una valutazione (rinviata ad altra sede) degli obiettivi di politica economica perseguiti dagli Stati con particolare riguardo alla considerazione delle esigenze inerenti all'adempimento dello specifico compito affidato alle imprese pubbliche o a cui lo Stato attribuisce diritti speciali o esclusivi, ed insieme richiederebbe una parallela disamina della tutela del connesso interesse della Comunità. Nello stesso senso pare possa concludersi anche riguardo all'ulteriore giurisprudenza ivi citata.
- ⁷ C. cost., sentenze n. 46 del 1963 e n. 97 del 1969.
- ⁸ C. cost., sentenza n. 223 del 1982.
- ⁹ C. cost., sentenza n. 241 del 1990.
- ¹⁰ C. cost., sentenza n. 94 del 2013.
- ¹¹ Ancora la già citata C. cost., sentenza n. 94 del 2013.
- ¹² Corte cost., 20/07/2012, n. 200.
- ¹³ C. cost. sentenze n. 200 del 2012 e 8 del 2013.
- ¹⁴ Ancora C. cost. sentenza n. 200 del 2012.
- ¹⁵ C. cost. sentenza n. 8 del 2013.
- ¹⁶ C. cost. n. 178/2014.
- ¹⁷ Così C.cost. n. 178 del 2014, ma anche C.cost., sentenze n. 247 e n. 152 del 2010 e n. 167 del 2009.
- ¹⁸ C. cost., sentenza 20.07.2012, n. 200.
- ¹⁹ C. cost., 14.12.2007, n. 430.
- ²⁰ C. cost., 22.7.2010, n. 270.
- ²¹ C. cost., 14.12.2007, n. 430.
- ²² Nel testo si riflette l'ordine della triade indicata dalla Corte costituzionale tra misure legislative «di tutela in senso proprio, che hanno ad oggetto gli atti e i comportamenti delle imprese che incidono negativamente sull'assetto concorrenziale dei mercati»; disposizioni legislative «che mirano ad aprire un mercato o a consolidarne l'apertura, eliminando barriere all'entrata»; disposizioni legislative volte ad assicurare «procedure concorsuali di garanzia mediante la [congrua] strutturazione di tali procedure», così C. cost, 45 del 2010 e C. cost. n. 325 del 2010 (la parola aggiunta tra parentesi quadre è nostra).
- ²³ C. cost., 23.11.2007, n. 401.

Riferimenti bibliografici

- Borrello I., Cassese E., Chiti E. 2012, *Il mercato interno e le politiche dell'Unione europea*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari: 37-102.
- Bütler H. 2000, *Sistema politico e mercato*, in *La libertà dei moderni tra liberalismo e democrazia*, Atti del Convegno di Società Libera, Milano 15-16-17 ottobre 1999, Milano: 139-152.
- Cassese S. 2000, *Quattro paradossi sui rapporti tra poteri pubblici ed autonomie private*, in *R.T.D.P.*: 389-394.
- 2012, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari.
- Cocco G. 2000, *L'Europa dei tre disincanti*, in *Pol. del diritto*: 81-121.
- Constant B. 2001, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, lezione pronunciata all'Athénée royal di Parigi nel febbraio 1819, a cura di G. Paoletti, Giappichelli, Torino: 3-35.
- Corso G. 1998, *Attività economica privata e deregulation*, in *R.T.D.P.*: 629-643.
- De Vergottini G. 2009, *Liberalizzazione dei servizi nell'unione europea*, in *Treccani.it*.
- Einaudi L. 1956, *In lode del profitto*, in *Prediche inutili*, Einaudi, Torino: 171-193.
- Galgano F. 1982, *Art. 41*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna: 1-68.
- Giampieretti M. 2008, *Art. 41*, in S. Bartole, R. Bin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Cedam, Padova: 403-430.
- Giarda D.P. 2013, *Relazione concernente la liberalizzazione delle attività economiche e la riduzione degli oneri amministrativi sulle imprese*, Senato della Repubblica, doc. XXVII, n. 1.
- Giovagnoli R. 2012, *Liberalizzazioni, semplificazioni ed effettività della tutela*, Relazione tenuta al Convegno di Studi in occasione dell'assegnazione del premio Sorrentino, in *Giustamm*.
- Libertini M. 2014, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano.
- 2015, *Il d.d.l. sulla concorrenza 2015 e le professioni intellettuali*, in *Federalismi.it*, 4: 2-12.
- Luciani M. 2008, *Liberalizzazioni. Il quadro costituzionale nella prospettiva della giurisprudenza*, in E. Sticchi Damiani (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni*, Giappichelli, Torino: 11-29.
- Merusi F. 2010, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in E. Bruti Liberati, F. Donati (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino: 1 sgg.
- Mingardi A. 2009, *Liberalizzazioni e competitività*, in *Impresa&Stato*, 87: 67-72.
- Napolitano G. 2012, *I servizi pubblici*, in S. Cassese (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari: 131-175.
- 2015, *Liberalizzazioni e buona amministrazione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 3: 293 sgg.

- Pellicani L. 2000, *La libertà dei moderni*, in *La libertà dei moderni tra liberalismo e democrazia*, Atti del Convegno di Società Libera, Milano 15-16-17 ottobre 1999, Milano: 21-37.
- Pitruzzella G. 2014, *Relazione annuale*, Presentazione del Presidente dell'AGCM: 3-16.
- Posner R.A. 2000, *Liberalismo e mercato*, in *La libertà dei moderni tra liberalismo e democrazia*, Atti del Convegno di Società Libera, Milano 15-16-17 ottobre 1999, Milano: 152-165.
- Ramajoli M. 2012, *Liberalizzazioni: una lettura giuridica*, in *Il diritto dell'economia*, 3: 507-528.
- Rodotà S. 2012, *Semplificare senza sacrifici*, in *La Repubblica*, 23 gennaio.
- 2015, *Il filo spezzato dell'Europa*, in *La Repubblica*, 16 luglio.
- Saltari L. 2012, *Il decreto "cresci Italia"*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6: 579-589.
- Sandulli A.M. 1972, *Profili costituzionali della proprietà privata*, Relazione al *Convegno sulla proprietà fondiaria dei paesi del Mec*: 347-370.
- Sartori G. 1993, *Democrazia. Cosa è*, Rizzoli, Milano.
- Scoca F. 2008, *Relazione introduttiva*, in E. Sticchi Damiani (a cura di), *Studi in tema di liberalizzazioni*, Giappichelli, Torino: 1-9.
- Simeoli D. 2014, *L'impatto delle recenti misure di liberalizzazione nella giurisprudenza amministrativa*, *Rassegna monotematica di giurisprudenza*, a cura dell'Ufficio Studi della Giustizia Amministrativa.
- Torchia L. 2010, *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, il Mulino, Bologna.
- Torricelli S. 2007, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Giuffrè, Milano.
- Travi A. 1998, *La liberalizzazione*, in *R.T.D.P.*: 645-654.
- Volpe C. 2012, *Servizi pubblici locali e liberalizzazioni. Dall'art. 23-bis al decreto legge "crescita": la produzione normativa non ha mai fine*, in <<http://www.giustamm.it>>, 7.

LE PRIVATIZZAZIONI NELLE GESTIONI DEI SERVIZI PUBBLICI. DALL'UNITARIETÀ ALLA DISGREGAZIONE DEI MODELLI

Simone Torricelli

SOMMARIO – 1. Privatizzazione e differenziazione delle discipline. 2. La privatizzazione (formale) per il buon andamento; la privatizzazione (sostanziale) per il mercato. 3. La privatizzazione delle cose. I beni produttivi soggettivamente privati ma oggettivamente comuni e le prime forme di diversificazione dei modelli. 4. La privatizzazione dei soggetti. Tendenze diverse nei diversi livelli territoriali e ulteriori disomogeneità nelle forme organizzative di gestione dei servizi. 5. La privatizzazione dei rapporti. La variabile natura giuridica degli affidamenti. 6. Tautologie ed ossimori. Il privato-privato, il privato-pubblico, il pubblico-privato: il quesito di fondo della funzionalità. 7. Il processo di privatizzazione come fattore disgregante dei modelli e il processo di disgregazione come fattore di garanzia della coesione.

1. Privatizzazione e differenziazione delle discipline

Il fenomeno delle privatizzazioni ha investito globalmente l'ordinamento giuridico italiano, ma in forme e misure diverse in relazione ai differenti ambiti. La dottrina ne ha insistentemente sottolineato l'opportunità, seppure molti sono i distinguo e molte anche le voci critiche. Il legislatore, da parte sua, ha fatto scelte che, in vari modi e con differente riuscita, hanno portato a privatizzare soggetti, beni, funzioni. Emerge in filigrana dal dibattito sul tema una valutazione non positiva in ordine ai risultati dell'applicazione di regimi di tipo pubblicistico e, soprattutto rispetto ad attività imprenditoriali, l'insoddisfazione per il funzionamento di certi settori in termini di garanzia dei diritti sociali o di costo complessivo delle garanzie offerte. Più al fondo e più nascosta, una crescente indisponibilità a destinare risorse per sostenere un sistema pubblico ritenuto non sufficientemente economico. Di qui il tentativo di modernizzare ricorrendo a strumenti o regole di diritto comune, talora accompagnato da una riduzione anche quantitativa della presenza pubblica, guidato dal richiamo a valori diversi e, tra tutti, in particolare al valore dell'efficienza.

Queste preliminari considerazioni introducono a una distinzione che occorre subito esplicitare per evidenziare il carattere polimorfo e cangiante del fenomeno. Altro è la privatizzazione nell'ambito delle attività prestazionali esercitate o esercitabili in forma di impresa, quand'anche riconducibili all'ambito dei servizi pubblici; altro è la privatizzazione in relazione alle attività prestazionali consistenti nell'esercizio di una pubblica funzione.

Rispetto a quest'ultima, privatizzare può voler dire, in ordine di grado, sopprimere funzioni amministrative o variarne i contenuti, riconsegnando una facoltà di agire alla libertà privata, oppure attribuire l'esercizio della funzione a soggetti privati esternalizzandola, oppure modificare il regime della funzione svolta da pubbliche amministrazioni o da privati, applicando ad esse regole proprie del diritto privato. Tutti fenomeni che peraltro si stanno registrando e che compongono uno specifico tratto connotante l'evoluzione attuale del sistema (Torricelli, 2013: 255).

Rispetto alle attività da esercitarsi in forma di impresa e che si traducono nella erogazione di un servizio, pubblico e privato si trovano in competizione. Se la funzione è *ab origine* di spettanza dell'amministrazione, non vi sono invece ostacoli che impediscano al comune operatore economico di fornire le prestazioni in cui si sostanzia il servizio. La privatizzazione, in questi ambiti, è dunque una delle risposte che si può dare per risolvere il conflitto di rilievo costituzionale tra il pubblico e il privato che si contendono uno spazio di mercato o, altrimenti detto, per consentire alla libertà dei privati di riappropriarsi di ambiti occupati dalla presenza del pubblico. Per far ciò, si può riportare il pubblico alle ordinarie regole della concorrenza, dunque imporre ad esso di operare come un ordinario soggetto economico, oppure espellerlo dalla competizione.

Si dirà: non sempre vi è però davvero un conflitto, perché il privato può non avere interesse a operare in certi ambiti, in assoluto o per le regole che sarebbe tenuto ad osservare. Ma proprio la inesistenza di questa concorrenza, per il disinteresse del mercato alla fornitura di una prestazione che il pubblico ritiene appartenga alla propria responsabilità, può giustificare la presenza attiva di un'amministrazione (Sorace, 1999: 410), salvo capire come questa presenza del pubblico si debba poi manifestare in concreto (gestore, regolatore, controllore). In questa considerazione, dunque, vi è da subito un possibile criterio per impostare la questione circa l'opportunità di privatizzare.

In concreto, guardando all'evoluzione del sistema italiano, si può osservare come quello dei servizi pubblici sia uno dei settori in cui il fenomeno delle privatizzazioni si è manifestato da prima e maggiormente e in cui ha assunto le dimensioni di un vero e proprio 'processo'. Un insieme di misure hanno avuto l'effetto di ridurre la presenza pubblica o trasformare la forma giuridica del pubblico, come anche di mutare il regime dell'attività anche, almeno in una certa misura, nella parte in cui quel regime ha a che fare con le garanzie degli interessi.

Ciò, ovviamente, non è vero sempre e non sempre è vero nella stessa misura. La radice comune dei regimi eterogenei che si riscontrano all'esito e sulla base del diverso grado di compimento del processo di privatizzazione è che il pubblico debba fare meno o debba fare altro, se non anche che, comunque, quale

che sia il soggetto gestore possa non essere necessario ricorrere a modelli di specialità. Tuttavia se la privatizzazione non si traduce, come invece è talora accaduto, anche in una revisione del contenuto di interessi pubblici e diritti sociali, occorre verificare se il regime privatistico sia capace di dare ad essi garanzie adeguate e se siano necessari dei correttivi che recuperino un ruolo per il pubblico. È da questa esigenza di correzione che emerge la tendenza alla disgregazione dei modelli.

In effetti, nel complessivo sistema dei servizi pubblici, soggetti pubblici e privati si combinano variamente, come d'altra parte spesso operano soggetti che non sono davvero pubblici o non sono davvero privati, secondo tecniche di ibridazione che rispondono a finalità non sempre omogenee. Parallelamente anche i regimi pubblico e privato si intersecano in modi diversi e complessi, introducendo elementi distortivi che dovrebbero piegare logiche privatistiche a esigenze dell'apparato amministrativo o agli interessi pubblici sottesi all'attività (Dugato, 2012: 507), per effetto di riforme che vanno spesso in direzioni opposte e talvolta contraddittorie (Piperata 2011: 55). Il tutto si innesta poi in una distinzione, quella tra privato e pubblico, che, dall'essere una invariante culturale (Auby, 2010: 288), appare oggi sempre meno chiara. Il diritto privato risente di interessi che hanno sempre più spesso valore ultra-individuale (Roppo, 2011: 48); il diritto pubblico accentua il rilievo della volontà e fa proprio il valore dell'interesse individuale, cercando un temperamento in cui autorità e consensualità si mescolano, talora sino a confondersi.

Il gioco dei pesi e dei contrappesi è necessario ma pericoloso. Di qui una domanda di fondo. Può dirsi che esso ha portato a un equilibrio? E, sintetizzando, quello risultante dai processi di privatizzazione può dirsi un regime armonico e funzionale rispetto all'obiettivo che non può non essere quello della 'buona' gestione dei servizi pubblici?

2. La privatizzazione (formale) per il buon andamento; la privatizzazione (sostanziale) per il mercato

La vicenda delle privatizzazioni in Italia si lega alla riappropriazione, da parte del legislatore, di un terreno da prima rimesso in larga misura alla autonomia delle amministrazioni, soprattutto locali, e, in questo senso, a una legificazione delle forme organizzative di gestione dei servizi. La ricchezza costituzionale in ordine ai diritti sociali e una sensibilità istituzionale diffusa circa la tutela di interessi deboli danno origine a un intreccio di competenze sulla base delle quali le amministrazioni pubbliche hanno potuto creare strutture articolate di intervento nell'economia. Su questa presenza pubblica ingombrante, talora sovrabbondante, il legislatore ha inciso, imponendo forme di privatizzazione.

Il termine 'privatizzazione' ha in sé una valenza transitiva e, in un senso molto ampio, può essere intesa come trasformazione verso altro che non sia pubblico; si è già rilevato come, nell'uso invalso, esso indichi fenomeni con contenuti diversi che, quando riferiti ai soggetti operanti nel settore dei servizi, sono ordinariamente rappresentati attraverso la distinzione tra privatizzazione formale e privatizzazione sostanziale (sul cui rilievo, Napolitano, 2005: 58 sgg.).

La prima, la privatizzazione formale, si traduce nella scelta di trasformare organismi pubblici in organismi formalmente privati e dunque di ricorrere a formule private per organizzare l'attività amministrativa, in particolare utilizzando società commerciali in mano pubblica. Il passaggio evocato dalla privatizzazione si realizza dunque in questo caso tutto all'interno alla sfera dell'amministrazione ed è legato a proprie esigenze di buon andamento.

La seconda, la privatizzazione sostanziale, tende più al fondo a ridurre la presenza del pubblico erogatore di prestazioni, quand'anche si esprima in forma privatistica, ed è spesso determinata dall'introduzione di divieti normativi allo svolgimento diretto o indiretto di certe attività. La privatizzazione sostanziale, dunque, risponde a specifiche esigenze costituzionali, almeno secondo una lettura ispirata alla sussidiarietà che parte della dottrina ha dato della Costituzione e del rapporto tra iniziativa economica pubblica e privata (Torricelli, 2011: 77 sgg.), ma appare anche legata alla scelta di aprire i mercati, promuovere la concorrenza, sviluppare l'economia.

I fenomeni della privatizzazione formale e sostanziale non sono necessariamente legati.

In alcuni casi, in effetti, la trasformazione di enti pubblici in società per azioni è stata congegnata nel quadro di un progetto di dismissione della partecipazione pubblica, come è avvenuto per molte società di gestione di servizi pubblici nazionali. In altri casi invece essa ha corrisposto a un modello organizzativo pensato per stabilizzarsi: nel contesto di una generale disciplina che ha imposto di ridefinire certi modelli di proprietà o gestione pubblica delle imprese, il tentativo di potenziare l'efficienza ha portato a optare per un'organizzazione dell'attività economica pubblica in forma societaria. Ne è una clamorosa manifestazione l'approdo della interminabile parabola di trasformazione dell'art. 113 TUEELL, prima della sua parziale abrogazione, che prima ha consentito, poi riservato la gestione di servizi pubblici locali di natura economica a società di capitali. Nell'ambito dell'atipicità legata alla dimensione creativa dell'autonomia delle amministrazioni (Piperata, 2005: 369), si coglie dunque una tipizzazione legislativa in senso almeno formalmente privatistico delle modalità organizzative di gestione dei servizi pubblici, senza peraltro che sia imposto o vietato il persistere di una presenza pubblica nella proprietà del capitale sociale.

Evidentemente, le logiche che guidano i processi di privatizzazione, formale e sostanziale, divergono.

La privatizzazione formale risponde al problema costante di garantire la 'distanza' tra l'amministrazione e le strutture di gestione dei servizi pubblici: le formule che nel tempo si sono susseguite (amministrazioni autonome, aziende speciali, enti pubblici) hanno dato risposte diverse a esigenze comunque comuni. Con il ricorso allo strumento della società commerciale, pur in mano pubblica, questo bisogno di distanza trova la sua massima espressione, almeno in termini di modello astratto e di logica della scelta. La novità, anche rispetto ad altre forme di differenziazione soggettiva del gestore dall'amministrazione (e, segnatamente, del modello dell'ente pubblico), si rinviene in una più chiara canalizzazione dei rapporti entro regole che limitano e tipizzano lo spazio di ingerenza dell'amministrazione. La strumentalità che connota il rapporto con l'ente pubblico economico si traduce nella confusione tra gli interessi propri dell'amministrazione e quelli proprie dell'ente, con il rischio di generare anche una confusione tra le rispettive responsabilità (nonostante i tentativi della dottrina di definirne gli ambiti: Ottaviano, 1997-1992: 23 e 1991-1992: 293). Ad essa si sostituisce, nelle società in mano pubblica, la compresenza di più centri di interessi contigui ma non coincidenti. L'interesse pubblico coesiste con l'interesse al profitto, da intendersi in un senso specifico: come interesse alla massima efficienza, nel compimento delle attività necessarie per soddisfare fini ultimi eterodeterminati che non sono nella sua disponibilità e che rappresentano il parametro di misurazione della bontà della gestione, in una dimensione imprenditoriale difesa dall'applicazione delle regole societarie. Continua ad essere utile ricordare le premesse logiche del sistema, così da poter valutare la coerenza dei suoi successivi sviluppi.

Visto dal lato delle garanzie, si può indicare il modello che ne emerge come il 'modello della continuità', poiché il processo di garanzia degli interessi legati al servizio si sviluppa armonicamente, senza interruzioni e senza momenti di conflitto: quegli interessi semplicemente si neutralizzano in via progressiva, nel senso che emergono da un processo politico in seno all'amministrazione che ne definisce il contenuto e, così strutturati, vengono consegnati al soggetto tecnico che li persegue secondo logiche di massimizzazione dell'efficienza. È dell'efficienza, non direttamente dell'interesse pubblico, che questi dovrà dar conto. Così, il carattere formale della privatizzazione indica non solo il permanere di un ancoraggio del modello alla sua radice pubblicistica, ma anche la scelta di espellere dal mercato interessi diversi da quello della realizzazione del servizio che, segmentato tra il momento politico della definizione dell'indirizzo e il momento tecnico della sua efficiente realizzazione, continua ad essere la ragione d'essere del soggetto societario.

In relazione a taluni ambiti, la privatizzazione si è spinta oltre. Il pubblico si è ritratto dalla responsabilità operativa della gestione, agevolato in questo dai processi di liberalizzazione avviati dal diritto europeo che hanno attenuato le ragioni giustificative dell'impresa pubblica, in un contesto in cui incessanti esigenze di bilancio hanno contribuito a rilanciare nel dibattito politico il tema della dismissione delle partecipazioni azionarie in possesso dello Stato o di altri enti territoriali (non a caso i proventi derivanti dalle cessioni di quote azionarie statali debbano essere destinate all'abbattimento del debito pubblico').

La privatizzazione sostanziale prelude così al superamento non già della necessità di una presenza pubblica, che anzi in un contesto sostanzialmente privatizzato risulta ancor più necessaria, ma della necessità di un coinvolgimento diretto del pubblico come imprenditore-erogatore del servizio. Quando non dipenda da occasionali esigenze di bilancio, essa si lega a un più generale fenomeno di apertura del mercato, che può consistere nella abrogazione della riserva in favore del pubblico e nella conseguente creazione di un mercato concorrenziale in cui la partecipazione di una impresa pubblica può non risultare necessaria, oppure nella conferma della riserva, da gestire però con affidamenti da farsi all'esito di una procedura ad evidenza pubblica.

Il sistema che ne risulta passa attraverso l'accettazione di un momento conflittuale tra gli interessi dell'impresa (che sono interessi al profitto in un senso non più specifico, ma nel senso ordinario che connota gli interessi delle società commerciali) e gli interessi del servizio ed è la gestione di quel conflitto che rimane nella responsabilità delle amministrazioni. Se infatti la presenza pubblica garantisce che il soggetto gestore (o uno dei soggetti gestori) sia istituzionalmente orientabile verso la realizzazione dei diritti sociali, secondo obiettivi fissati dalla politica, l'abbandono di un ruolo diretto nel mercato da parte del pubblico importa ammettere l'esistenza di centri di interesse che tendono verso obiettivi che non sono in continuità, ma che si pongono in contraddizione: il massimo profitto, per l'impresa, la realizzazione dei bisogni secondo le migliori condizioni sociali, per i cittadini e per la parte pubblica che li rappresenta. Diviene centrale un'attività di regolazione che possa conformare il mercato e stemperare la conflittualità tra gli interessi e che, in particolare, riesca a contenere l'interesse al profitto di privati che operano nel settore secondo logiche di razionalità economica e, nel rispetto del carattere imprenditoriale delle attività economiche svolte (Brancasi, 2003: 152), lo rendano armonico con gli interessi degli utenti dei servizi.

Dalle considerazioni che precedono emerge peraltro un altro dato che è utile richiamare per la continuazione del ragionamento. Il processo di privatizzazione deve essere necessariamente analizzato in uno con il contesto del mercato in cui si inserisce e con l'incedere o l'arrestarsi delle liberalizzazioni che

lo hanno diacronicamente accompagnato. Essa, in questo modo, si configura come una delle componenti dei modelli che l'ordinamento attuale consente di rinvenire: la privatizzazione, in un mercato che poi è lasciato alla competizione tra imprese private; la privatizzazione, rispetto a servizi che vengono poi affidati dall'amministrazione la quale, affidandoli, li conforma; la privatizzazione, in settori in cui comunque il servizio è gestito in via diretta da società in mano pubblica.

3. La privatizzazione delle cose. I beni produttivi soggettivamente privati ma oggettivamente comuni e le prime forme di diversificazione dei modelli

L'erogazione dei servizi pubblici presuppone sovente l'utilizzo di beni e infrastrutture non duplicabili (per impossibilità tecnica, economica, giuridica) senza i quali il servizio non può essere reso. In molti casi, in effetti, il legislatore è intervenuto con una riserva di attività proprio per prevenire il rischio della formazione di monopoli privati: di qui la creazione di soggetti pubblici che gestissero e sviluppassero l'infrastruttura assicurandone la strumentalità rispetto alle esigenze del servizio da rendere. In questi ambiti la privatizzazione risulta particolarmente problematica e costituisce per questo un significativo ambito di analisi delle possibilità di privatizzare e dei limiti sino ai quali essa può spingersi (senza mettere in pericolo la responsabilità pubblica legata alla realizzazione di fini sociali cui l'attività economica, al suo fondo, deve tendere).

Nell'assetto tradizionale della organizzazione dei servizi pubblici, il profilo della gestione delle infrastrutture risultava poco evidente perché assorbito nel quadro della complessiva attività di erogazione del servizio: il soggetto pubblico monopolista gestiva la rete erogando il servizio, nell'ambito di un processo produttivo aggregato in cui le varie fasi si fondevano perdendo la loro specifica riconoscibilità. Il problema del regime dei beni sorge nel momento in cui l'ordinamento piega anche questa tipologia di mercati alle logiche della dinamica concorrenziale. Perché molti possano offrire servizi, occorre che molti possano utilizzare le infrastrutture, così che il regime giuridico del loro utilizzo, prima oscurato dalla considerazione unitaria dell'attività di erogazione del servizio, assume una sua rilevanza autonoma.

La necessità dell'utilizzo condiviso di un bene produttivo non presuppone, però, un regime necessariamente pubblicistico in senso proprio, ma, al contrario, evoca un problema classico del diritto della concorrenza (Siragusa, 1998: 184 sgg.). Allorquando il godimento di un bene non duplicabile sia funzionale allo svolgimento di una attività economica, il diritto di poterne usufruire, quale che sia il suo titolo, dà origine a una posizione dominante nel mercato che, seppure lecita in sé, non deve dare origine a forme di abuso. Per questa via la legislazione

antitrust genera l'obbligo di consentire l'accesso al bene a terzi che si propongano di operare in un mercato contiguo ma diverso da quello relativo alla gestione del bene essenziale, secondo condizioni di ragionevolezza. La previsione costituzionale che, nell'art. 42 Cost., orienta la conformazione della proprietà in funzione sociale trova in questo modo una applicazione significativa, anche in coerenza con le indicazioni europee secondo cui la normativa antitrust può legittimamente avere un effetto limitativo in ordine all'esercizio dei diritti reali². Nella prospettiva dello sviluppo di un mercato concorrenziale, insomma, il diritto di escludere che connota il contenuto della proprietà è sostituito da un contrario obbligo di condivisione, cui corrisponde il diritto di altri soggetti economici ad avere accesso e utilizzare il bene. Il diritto privato, in questo modo, interagisce non meno del diritto pubblico con il contesto costituzionale, che lo rende permeabile alla considerazione di interessi di sistema legati non solo alla concorrenza, ma anche allo sviluppo complessivo, alla modernizzazione, alle aspettative degli utenti.

Stabilire quale sia il limite dell'antigiuridicità nell'esercizio in senso esclusivo della proprietà del bene produttivo e dunque dare contenuto al principio di ragionevolezza che deve informarlo, è questione molto delicata, perché incide sul corretto assetto del mercato. Rendere troppo agevole l'accesso a terzi può generare una contropinta a non sviluppare infrastrutture proprie o alternative; chi intende investire non può contare sul vantaggio competitivo legato all'investimento, la cui redditività risulta ridotta. Al contrario, limitare troppo l'obbligo di condivisione ha l'effetto di comprimere la concorrenza o impedire lo sviluppo di beni e servizi ulteriori, con ciò pregiudicando l'interesse del cliente finale. Il temperamento tra queste opposte esigenze deve poi tenere in considerazione l'invariante legata al rispetto del contenuto minimo della proprietà, che costituisce un limite invalicabile allo spazio per l'intervento conformativo. La soluzione è rimessa ad organi tecnici (l'AGCM e, sussidiariamente, il giudice amministrativo) ed è connessa alla esigenza di massimizzare l'efficienza di sistema.

Questa logica (comune) e queste questioni (di ordinario diritto della concorrenza) si pongono oggi anche in relazione ai beni funzionali allo svolgimento di servizi pubblici. Sviluppato e deformato il concetto di proprietà del bene produttivo, anche il problema del rapporto tra infrastrutture e servizi pubblici si può inquadrare in un contesto nuovo, tale da avviare una discussione sul persistere della necessità di un regime pubblicistico legato alla proprietà direttamente pubblica del bene.

In effetti, nel definire nuove discipline dei beni infrastrutturali attraverso cui vengono gestiti i servizi pubblici, il legislatore ha agito in continuità con il diritto comune, ma con due precisazioni da fare subito. La prima è che ha comunque riservato ampi spazi per la pianificazione e il governo pubblico dello sviluppo infrastrutturale, sia a livello europeo, che nazionale, (dal finanziamento delle

reti transeuropee, alla pianificazione delle opere di interesse strategico, alla previsione di forme espropriative per consentire la realizzazione di opere da parte di privati e così via). La seconda è che il grado di riconduzione al regime comune dei beni produttivi risulta fortemente variabile perché l'applicazione del principio di ragionevolezza, che definisce nel diritto della concorrenza il contenuto concreto dell'obbligo di negoziare la condivisione, lascia uno spazio aperto in cui i valori propri del servizio pubblico non possono non venire in rilievo. Non solo: il legislatore ha anche introdotto dei correttivi che rendono la disciplina dei servizi non perfettamente collimante con le regole ordinarie.

Il settore che più si è avvicinato a logiche privatistiche è quello delle comunicazioni elettroniche; in un mercato liberalizzato, ma soggetto a una regolazione intensa e soggetto al controllo di una autorità indipendente, le reti sono frammentate in molte proprietà diverse. Di qui, l'obbligo di una condivisione che assume tratti particolari, giacché si traduce in un obbligo generale di negoziare l'interconnessione con chi dispone di altri frammenti della rete e lo richiama, a prescindere dalla ricorrenza o meno di una posizione dominante (che, se presente, può giustificare anche l'obbligo di consentire l'accesso a chi non detenga reti proprie)³. Ogni operatore, in questo modo, può disporre dell'intera rete e offrire un servizio secondo standard che ne assicurino l'articolazione territoriale a dispetto della segmentazione proprietaria dell'infrastruttura.

Il grado di divergenza rispetto al diritto comune si accresce allorché, come avviene nel mercato del gas, il legislatore impone al proprietario delle reti di trasporto di dare evidenza alla manifestazione di volontà circa il consentire (o non consentire) l'accesso di terzi alla infrastruttura, disciplinandone l'iter di formazione, assoggettandola a modalità tipicamente procedimentalizzate, prevedendo termini per la decisione e obbligando a motivare l'eventuale rifiuto e a trasmetterlo all'autorità di settore e all'AGCM (le quali, riesaminando la decisione del proprietario-gestore, possono imporre l'accesso)⁴. Il contratto per l'utilizzo del bene risulta così vincolato a un quadro regolatorio incisivo ed è soggetto ad una intensa supervisione che, nell'interesse alla concorrenza, tende a sanzionare subito e con modalità tipicamente pubblicistiche eventuali violazioni.

Un più deciso allontanamento dalla ispirazione antitrust si coglie nel caso in cui i beni produttivi, pur rimessi alla proprietà di soggetti formalmente privati, risultano assoggettati a un regime concessorio. La rete elettrica e quella ferroviaria ne offrono degli esempi: la concessione è attribuita a società che già dall'origine e ancor oggi sono interamente pubbliche, secondo il modello *in house*, e che hanno come unico oggetto quello di gestire la rete, cioè di mettere la rete a disposizione di altri soggetti, ricavandone un prezzo⁵. Il soggetto gestore, in questo senso, svolge un'attività che presenta notevoli somiglianze con una funzione amministrativa di aggiudicazione, che però viene svolta in forma di impresa da

un soggetto che, non solo è formalmente privato e dunque comunque orientato alla massimizzazione dell'efficienza, ma che, perseguendo quel risultato di efficienza, dovrebbe tendere a consentire l'accesso al maggior numero di soggetti (massimizzando i propri introiti realizzerà al contempo il massimo equilibrio concorrenziale). Vi è, in questo modello, un profilo conformativo del mercato che distorce la logica privatistica alla sua base.

La disciplina appare così di per sé tale da convogliare l'utilizzo del bene verso le finalità perseguite; la proprietà pubblica delle società che gestiscono le reti può tutt'al più costituire un elemento prudenziale, legato alla strategicità del servizio. Ma lo è davvero?

È significativo il caso del settore ferroviario, in cui l'appartenenza del gestore concessionario pubblico dell'infrastruttura al medesimo gruppo cui appartiene (tra l'altro) il principale operatore di trasporto ha fatto dubitare sulla sua effettiva neutralità, anche alla luce di alcune vicende portate all'attenzione dell'AGCM in cui ai diversi soggetti pubblici coinvolti sono state contestate forme di abuso di posizione dominante e che si sono concluse con l'approvazione di impegni⁶. La proprietà pubblica non è stata dunque una garanzia sufficiente, al punto che, anche nel settore ferroviario, come già in quello nell'energia elettrica, è risultato poi necessario istituire un'autorità indipendente⁷.

4. La privatizzazione dei soggetti. Tendenze diverse nei diversi livelli territoriali e ulteriori disomogeneità nelle forme organizzative di gestione dei servizi

Prescindendo dal profilo della gestione delle reti infrastrutturali e venendo, più in specifico, all'assetto proprietario delle società che erogano servizi pubblici, è già emersa una netta divaricazione del grado di privatizzazione raggiunto tra il livello nazionale e quello locale.

I servizi pubblici di dimensioni nazionali, tradizionalmente gestiti da soggetti o società pubbliche, sono stati investiti da un processo generale di privatizzazione sostanziale che ha portato prima alla trasformazione di enti pubblici in società, poi alla dismissione delle partecipazioni azionarie⁸, sebbene con ritmi non costanti⁹, con significative eccezioni e facendo salvi poteri speciali che consentono all'amministrazione di incidere su alcune scelte rilevanti concernenti le società privatizzate di rilevanza strategica¹⁰. Diversamente, a livello locale, l'utilizzo di società in mano pubblica è ancora largamente diffuso.

Le ragioni di questa distonia si legano al diverso impatto che ha avuto, rispetto agli uni e agli altri, il diritto europeo. Per i servizi nazionali, che per la parte più caratteristica comprendono servizi a rete, esso ha armonizzato le discipline e riconfigurato l'assetto del mercato: intorno ad alcuni soggetti aventi funzioni di gestori delle infrastrutture, come si è visto, si svolge una concorrenza regola-

ta tra imprese. Erogato così il servizio dal mercato, la presenza di imprese pubbliche ha perduto il suo senso.

Il livello locale è stato invece lambito solo marginalmente dal diritto europeo e, poiché non vi sono state normative armonizzanti, il disegno del mercato dei servizi pubblici è ancor oggi affidato alle autorità locali che hanno manifestato forti resistenze a organizzarne la gestione in forma concorrenziale e comunque a superare il modello dell'impresa pubblica. Anzi il diritto europeo ha indirettamente ostacolato la privatizzazione perché, se ha imposto di affidare i servizi mediante procedure tali da assicurare trasparenza e imparzialità, ha del pari ritenuto che ciò non sia necessario nel caso in cui l'ente ricorra ad una società c.d. *in house*, così qualificata perché, date le relazioni intercorrenti con l'amministrazione e data la partecipazione pubblica totalitaria al suo capitale, l'utilizzo della società appare come una mera modalità organizzativa di gestione diretta del servizio. La Corte di Giustizia, con una decisione molto discutibile, ha altresì rifiutato di prendere posizione sui criteri che impongono alle amministrazioni di scegliere tra affidamento diretto *in house* e affidamento ad imprese, ritenendo che l'*in house providing* sia in realtà una forma di autoproduzione. Parrebbe auspicabile una riconsiderazione della questione che però, allo stato, non sembra profilarsi; qualche spunto si coglie nella giurisprudenza nazionale che ha manifestato alcune aperture, sulla base di una autonoma lettura delle norme del Trattato e sul rilievo che l'affidamento diretto a una impresa pubblica costituisce pur sempre una eccezione alle regole generali europee, prospettando una possibile ridefinizione dell'ampiezza del fenomeno¹¹.

Ad oggi, la scelta delle modalità di gestione del servizio e, in particolare, la scelta di ricorrere o meno all'impresa pubblica si gioca dunque sul diritto interno, notoriamente poco capace di incidere su questi aspetti dell'autonomia locale. Ed infatti neanche il legislatore nazionale, nonostante una normazione ipertrofica, è riuscito a fare granché. La vicenda è invero travagliata e non può essere ripercorsa nei dettagli: quello che appare rilevante è però il bizzarro rovesciamento di ruoli che ha visto lo Stato cercare insistentemente di modulare il ricorso alle società *in house*¹² e così recuperare uno spazio per il mercato che la Corte di Giustizia ritiene invece non occorra garantire. Un tentativo fortemente ostacolato anche dall'esito nel 2011 di un referendum abrogativo sull'obbligo di limitare l'affidamento *in house* a casi eccezionali¹³, i cui esiti sono stati assunti dalla Corte costituzionale come elemento per dichiarare l'illegittimità costituzionale di una successiva legislazione che caparbiamente riproduceva quella abrogata per la via referendaria¹⁴. Si rende necessario, in questo contesto di risulta, un intervento legislativo, magari organico, che chiarisca se la scelta dell'*in house* sia una scelta organizzativa libera e priva di parametri e dunque non vi sia, rispetto ad essa, alcun interesse opponibile, o se invece anch'essa risponda ad una logi-

ca di sussidiarietà e in quei termini debba essere giustificata. La recente legge di riforma della pubblica amministrazione pone le basi per provvedervi, anche se, dall'analisi dei criteri che dovrebbero guidare la legislazione delegata, non sembra emergere una direzione definita¹⁵.

È piuttosto sulle società che hanno ad oggetto attività diverse da quelle legate alla gestione di servizi pubblici che si è abbattuta la scure del legislatore. Allo stato, al fine di assicurare il coordinamento della finanza pubblica, il contenimento della spesa, il buon andamento dell'azione amministrativa e la tutela della concorrenza e del mercato, la legislazione nazionale pone un divieto di detenzione di partecipazioni legate allo svolgimento di attività che non siano direttamente strumentali allo svolgimento delle funzioni istituzionali dell'ente, o che erogino pressoché esclusivamente servizi in favore delle amministrazioni e non degli utenti (in parallelo con il divieto di autoproduzione per servizi che eccedano certi limiti di valore¹⁶)¹⁷. Analogamente è fatto divieto alle società a partecipazione pubblica di erogare prestazioni a favore di soggetti pubblici o privati diversi dagli enti che partecipano al capitale (o, meglio sarebbe dire, delle comunità di cui quegli enti sono rappresentativi)¹⁸. Sotto un diverso profilo, non è tollerata la permanenza di società che rechino sistematici risultati negativi e che debbono analogamente essere poste in liquidazione¹⁹.

Questi divieti si inseriscono peraltro in una più ampia strategia di riduzione e razionalizzazione dell'universo delle società *in house*, riassunta nella norma che obbliga gli organi politici degli enti locali (in deroga allo stato ordinario delle competenze) ad adottare un piano in cui si provveda a organizzare le dismissioni imposte, ma anche la cessazione di partecipazioni in società che svolgano attività analoghe o simili a quelle svolte da altre società partecipate o da enti pubblici strumentali e alla aggregazione delle altre²⁰.

In molti hanno notato come vi sia in questo modo un rovesciamento del principio dell'autonomia contrattuale degli enti locali (almeno in relazione al profilo del ricorso al contratto di società), sostituito dall'opposto principio del divieto salvo eccezioni (Dugato, 2012). La sottolineatura coglie un aspetto interessante, ma potrebbe provare troppo. Ciò a cui sembra assistersi è piuttosto un riposizionamento del principio di autonomia contrattuale degli enti, in raccordo con i molti altri valori che essa deve tenere in conto, e che una immotivata ed eccessiva presenza pubblica sul mercato potrebbe ledere. La riduzione della sfera pubblica non è un obiettivo, ma un effetto.

5. La privatizzazione dei rapporti. La variabile natura giuridica degli affidamenti

Il quadro delineato pone le premesse per chiedersi se il processo di privatizzazione, laddove vi è stato, abbia anche portato a privatizzare le regole attraverso

so cui sono disciplinati i rapporti che si instaurano tra l'amministrazione e i soggetti che operano nel mercato, formalmente o sostanzialmente privati.

L'amministrazione 'affida' il servizio mediante un contratto con cui le parti definiscono le modalità di erogazione della prestazione e le tariffe che poi l'impresa dovrà praticare, regolando anche, con costi a carico della collettività, i profili della compensazione²¹. Il ricorso alla figura del contratto costituisce il momento terminale della differenziazione soggettiva tra amministrazione e gestore e, in questo senso, perfeziona il processo di privatizzazione. Quale che sia la sua ricostruzione teorica, esso apre uno spazio significativo all'applicazione del diritto privato al rapporto che si instaura: l'ampiezza di questo spazio risulta però molto variabile a seconda che il contratto di servizio venga riportato alla categoria concettuale del contratto civilistico o che lo si pieghi invece ad una logica comunque pubblicistica attraverso il ricorso alla nozione di accordo amministrativo. In questo secondo caso, infatti, l'applicazione del diritto privato risulterebbe subordinata ad una valutazione di compatibilità con gli interessi pubblici sottesi che il giudice amministrativo, per la sua strutturale conformazione, tende a rendere debordante.

Alla questione non è possibile dare una risposta unitaria, poiché essa dipende dalla esistenza o meno, nella fattispecie concreta, di un potere amministrativo da negoziare. Ciò può accadere, per esempio nel caso frequente in cui l'amministrazione eserciti il suo potere organizzativo, affidando la gestione del servizio, senza gara, nella forma dell'*in house providing*. Ciò può accadere anche nel caso, meno frequente, in cui essa sia titolare del potere di disporre dell'attività, in quanto riservata e da concedere attraverso un atto unilaterale o, appunto, un accordo. Quando però questo non sia, l'incontro di volontà con il soggetto privato si attingerà a incontro di volontà in senso proprio tra soggetti equiordinati: dunque, come un contratto.

Non sembra spostare la questione il rilievo per cui, a seguito della assunzione del servizio, vi è, per l'amministrazione, un dovere di intervento in funzione della garanzia dei risultati della erogazione della prestazione. Si è visto sin da subito come il regime privatistico e in generale la privatizzazione può coesistere con una responsabilità pubblica, da assolvere utilizzando gli strumenti che il diritto mette a disposizione: in mancanza di un potere, l'amministrazione sarà così tenuta a utilizzare gli strumenti che si traggono dalla sua ordinaria capacità d'agire e, segnatamente, dalla sua autonomia contrattuale (anche, per vero, in aderenza a quanto disposto dall'art. 1, co. 1 *bis*, l. n. 241/1990). Né sembra incidere la considerazione per cui, nel momento nel quale l'amministrazione assume il servizio, genera un mercato specifico, che opera non già secondo i suoi ordinari meccanismi, ma che risulta alterato dall'intervento pubblico. È vero che consegnando quel segmento protetto di mercato ad un monopolista o a un

oligopolista privato, attribuisce a questi e non ad altri il beneficio degli utili che quel mercato può produrre. Ma altro è l'effetto, altro è lo strumento: ogni contratto stipulato dall'amministrazione produce un risultato analogo e la conseguenza è solo quella di obbligare a una procedura di scelta del contraente che garantisca imparzialità e buon andamento e non anche di incidere sulla natura dell'atto che formalizza il rapporto con il contraente selezionato.

Se ciò è, alla dissoluzione dei poteri amministrativi unilaterali legati alla previsione di riserve di attività, che ha rappresentato una delle premesse del processo di trasformazione del regime dei servizi pubblici, sembra potersi coerentemente accompagnare anche la privatizzazione degli strumenti con cui l'amministrazione assolve alle proprie responsabilità nel settore. In particolare, il contratto con cui essa procura alla propria comunità prestazioni che gli operatori di mercato non intendono fornire è da attribuire non già nelle forme pubblicistiche dell'affidamento di un servizio, ma nelle forme contrattuali dell'aggiudicazione di un appalto o di una concessione (nell'accezione 'europea' del termine) di servizi, la cui disciplina peraltro, sia che si intenda far riferimento al diritto privato speciale degli appalti pubblici, sia che si richiamino le norme del codice civile, appare comunque non meno garantista di quella di diritto amministrativo in senso proprio (Torricelli, 2011: 93). Con ciò si apre anche il problema della legittimità della riconduzione della giurisdizione esclusiva sui servizi pubblici e dunque anche su tali contratti al giudice amministrativo, che si troverebbe in questo caso a giudicare di fattispecie in cui non vi è potere pubblico ma solo responsabilità pubblica, con ciò rischiando di esulare dai limiti che la Corte costituzionale ha tracciato nella sentenza n. 204/2004.

6. Tautologie ed ossimori. Il privato-privato, il privato-pubblico, il pubblico-privato

I diversi gradi di privatizzazione introdotti nei diversi settori e nei diversi territori delineano un panorama composto di una pluralità di soggetti privati a loro volta diversi. In certi casi, si tratta di privati-privati, vale a dire operatori economici che, esercitando la propria libertà economica e valendosi anche di certe regole sulla condivisione dei beni, erogano servizi sensibili. Vi sono poi privati legati da un rapporto specifico con l'amministrazione che richiede loro la fornitura di un servizio che essi non avrebbero interesse a fornire se non per il prezzo che l'amministrazione corrisponde loro. Questi conservano i loro tratti integralmente privati, nella misura in cui l'affidamento del servizio si realizzi tramite un atto di diritto privato, in un mercato in cui l'amministrazione può agire solo in via contrattuale, oppure assumono una (parziale) conformazione pubblicistica ove la permanenza di poteri amministrativi consenta di affidare attività e cose attraverso un accordo amministrativo. Infine, o forse prima di tutto, vi

sono soggetti formalmente privati, ma legati visceralmente all'amministrazione che ne detiene per intero la proprietà e che esercita, su di essi, un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi.

Guardando alla privatizzazione, non in relazione a specifici segmenti del processo di trasformazione dei servizi pubblici, ma all'esito complessivo di questo processo, si può notare come le ipotesi rappresentate descrivono una gamma variegata di modulazioni e gradi del fenomeno. I privati-privati, che operano nel mercato regolato, lasciano spazio in certi ambiti ai soggetti privati-pubblici, i quali eseguono compiti specifici assegnati da amministrazioni che rendono doveroso o obbligatorio il loro agire, per infine, gli uni e gli altri, risultare soffocati da soggetti pubblici-privati che, dietro la veste privatistica, nascondono logiche da amministrazione pubblica. E su questo ultimo punto occorre fare una riflessione.

I soggetti che operano nell'ambito dei servizi pubblici sono sempre sottoposti a regole specifiche, spesso frammentate in una pluralità di atti regolatori, che hanno a che fare con la garanzia dei tratti caratteristici della prestazione: il riferimento alle esigenze di continuità, accessibilità e qualità del servizio continua ad essere un riferimento imprescindibile. Ciò, però, in un contesto che chiaramente distingue regole e libertà. Rispetto alle società pubbliche, il quadro è invece ambiguo.

Si è ricordato in apertura l'importanza di tenere in considerazione le ragioni della scelta di un modello, così da verificarne poi la funzionalità. Ora: il modello del c.d. *in house providing* avrebbe dovuto, da un lato, creare o accentuare un elemento di alterità tra il regolatore del servizio, l'ente, e la società erogatrice. Questo sul presupposto che, fissate da parte dell'ente le regole da seguire (e protetto, attraverso queste regole, l'interesse pubblico sotteso) una gestione aziendalistica del servizio avrebbe consentito di realizzare quegli interessi nel modo più efficiente.

Al di là di altre considerazioni, circa la propensione dimostrata dalla politica di volersi (e riuscire ad) appropriarsi della gestione delle società, il diritto comunitario ha frustrato tali aspettative, imponendo che l'ente debba poter svolgere sulla società un controllo analogo a quello che esercita sui propri uffici, richiedendo altresì che sia prevista una possibilità di ingerenza continua. Giuridicamente, dunque, un'alterità non può esservi e nell'attuale assetto, l'«endemico conflitto di ruolo che attanaglia gli enti locali» (Cammelli, 2010: 134) diviene una condizione strutturale. Parallelamente, il diritto applicabile alle società si è sempre più avvicinato al diritto applicabile all'amministrazione, in fatto di procedure di assunzione e di gestione del personale, aggiudicazione degli appalti²², trasparenza e assoggettamento alle norme anticorruzione²³, finanche responsabilità amministrativa²⁴; il coinvolgimento delle società pubbliche nel patto di stabilità e

l'obbligo loro imposto di contribuire alla realizzazione degli obiettivi generali di politica economica del governo²⁵ segna il definitivo abbandono delle originarie velleità di creare un alterità effettiva tra gestore e regolatore.

Questa commistione non solo pone problemi pratici rilevanti, a cominciare dalla coesistenza di un regime societario e un regime pubblicistico nel funzionamento della struttura sociale, ma mette in discussione il senso stesso dell'esistenza di società che altro non sono che amministrazioni declassate a soggetti destinatari di un controllo analogo a quello esercitato sugli uffici pubblici. Nel corso del tempo, le ragioni che sembravano giustificare il ricorso a società interamente pubbliche si sono insomma progressivamente perse, cosicché quel bisogno di distanza tra amministrazione ed erogatore altro non può soddisfarsi se non attraverso un sistematico cambio di direzione e una effettiva esternalizzazione del servizio ad un soggetto che sia 'altro' davvero, da scegliere mediante una procedura ad evidenza pubblica.

Ora: le soluzioni organizzative tendono per natura a stabilizzarsi ed hanno una sperimentata resistenza al cambiamento. La inquietante perdita di qualità della legislazione non aiuta, lasciando aperti, con norme di incerto contenuto, spazi per infinite discussioni sull'effettiva portata delle novità. Anche il mutare costante degli indirizzi, in un flusso normativo che ha totalmente perduto la propria fluidità, offre opportunità ghiotte di sfuggire ai processi di riforma. L'una e l'altra disfunzione sono risultate particolarmente evidenti nella legislazione recente sulle società *in house*; l'uno e l'altro effetto si sono ineluttabilmente registrati. La volontà del legislatore, espressa, corretta, contraddetta, è stata sistematicamente elusa. Di qui la necessità di una rivalutazione dei modelli sulla base di scelte generali espresse in modo chiaro e sulla base di una visione organica delle esigenze che in fatto di servizi pubblici si vogliono perseguire. Insomma, per rispondere alla domanda posta in premessa: il bisogno di chiarire i contorni della privatizzazione (e forse, se si seguono le prospettive qui enunciate, anche il bisogno di privatizzazione in sé) ancora persiste ed è dalla soddisfazione di quel bisogno che occorre ripartire.

7. Il processo di privatizzazione come fattore disgregante dei modelli e il processo di disgregazione come fattore di garanzia della coesione

Diventa possibile, a questo punto, una riflessione conclusiva in ordine alla evoluzione dell'ordinamento in questo ambito. Il quadro che emerge dall'analisi complessiva del sistema dei servizi pubblici appare caratterizzato dal venir meno dell'idea di poter ricondurre quel sistema a un modello uniforme (Cammelli, Dugato, 2008: 1). Al contrario: la relazione variabile tra natura dei soggetti, natura delle regole e tutela degli interessi generali evidenzia la coesistenza di mo-

duli organizzativi anche molto eterogenei. Il legislatore, e con lui non meno i giudici, hanno per un verso lasciato spazio alle amministrazioni per intervenire nella gestione anche direttamente, per altro verso temperato l'impatto delle privatizzazioni, confermando nel regime dei servizi elementi pubblicistici graduati secondo le specifiche caratteristiche dei diversi settori (D'Alberti, 2008: 91, 142). Il che, in certa misura, è fisiologico. Un processo di privatizzazione che non perda di vista l'esigenza delle garanzie dei diritti degli utenti impone la ricerca di un equilibrio tra pubblico e privato e proprio questa ricerca di equilibrio ha costituito e costituisce uno specifico fattore di decomposizione della unitarietà che aveva caratterizzato il sistema dei servizi pubblici già dai tempi della unificazione del Regno, graniticamente arroccato intorno alla diade soggetti pubblici/regimi pubblicistici.

Il fenomeno che si osserva ha una dimensione giuridica, ma non soltanto.

Giuridicamente, la dialettica tra responsabilità pubblica in ordine al risultato della gestione dei servizi assunti come pubblici (che, alla luce del dato costituzionale, costituisce una invariante) e pressione verso una revisione e un ripensamento del ruolo del pubblico, che mescola una esigenza anch'essa costituzionale (la valorizzazione della libertà di iniziativa economica privata) e una politica contingente (la tendenza alla privatizzazione), obbliga a una graduazione del 'tasso di privato' in relazione al 'tasso di garanzie' costituzionalmente doverose o a quello che legislativamente è ritenuto opportuno offrire. Visto come uno strumento di adeguamento alle previsioni della Costituzione, il processo di privatizzazione porta dunque necessariamente a una disgregazione del modello unitario, perché, interagendo con la situazione economica, materiale e tecnica dei diversi settori, che condiziona la capacità autonoma del privato di offrire le prestazioni a condizioni accettabili, richiede in misura variabile che esso sia corretto.

A ciò si accompagna un elemento di contaminazione che è giuridico solo indirettamente. La garanzia dei servizi pubblici ha costituito, nel processo di consolidamento dello Stato, un elemento di coesione sociale (Sorace, 1999: 403 sgg.), non solo per gli effetti redistributivi che in concreto è in grado di realizzare, ma anche perché essa sottende una architettura della società basata su valori di solidarietà e di impegno reciproco per l'uguaglianza. La percezione di questi valori come fondanti è un bene prezioso e da proteggere. Vicende recenti (come per esempio quella relativa richiamata al referendum e al dibattito politico che lo ha – mal – spiegato, accompagnato e seguito) dimostrano come sia ancora forte, in una significativa parte della comunità, l'idea che le garanzie si leghino alla presenza del pubblico. Chi, nei diversi livelli territoriali, guidi consciamente l'opera di modernizzazione del sistema dei servizi è chiamato a tener conto di questo: la privatizzazione non può che svolgersi in misura diversa e secondo tappe diverse nelle diverse componenti territoriali e nei diversi set-

tori, in relazione alla disponibilità della comunità ad accettarne l'avanzamento, alla progressiva verifica dei suoi risultati, alla creazione di un contesto sociale in cui sia percepito che essa non importa una dismissione di responsabilità pubblica. La privatizzazione deve in parte provocare, in parte seguire un processo culturale che le consenta di attecchire senza modificare i presupposti sociali su cui si base l'identità nazionale.

Questo non significa però che allora qualsiasi forma di miscelazione sia possibile. La trasformazione deve comunque assicurare, anche nelle fasi intermedie, la funzionalità del sistema (perché, per chi ha necessità del servizio, il dato sistemico del passaggio verso un modello diverso non può rilevare: rileva solo il suo diritto alla prestazione, nel momento in cui ha l'esigenza di fruirne). Il pubblico e il privato rispondono a logiche diverse e possono contribuire alla buona gestione dei servizi pubblici nella misura in cui il sistema sia in grado di definire gli spazi dell'uno e dell'altro, valorizzandone, all'interno di ciascuna sfera, le rispettive attitudini. Le contaminazioni, se non sufficientemente modulate, hanno in sé il rischio di stemperare la responsabilità pubblica-politica, da un lato, di non consentire di azionare meccanismi di responsabilità imprenditoriale, dall'altro. La ricerca di un equilibrio funzionale richiede una capacità di governo che il legislatore e le amministrazioni non sempre hanno mostrato di avere.

Note

- ¹ Art. 3 l. 27.10.1993.
- ² Corte giust. CE, 13 dicembre 1979, C-44/79, Liselotte Hauer.
- ³ Artt. 40 sgg. d.lgs. 1 agosto 2003, n. 259.
- ⁴ Artt. 8, 21, 24 d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164.
- ⁵ Art. 3 d.lgs. n. 79/1999; artt. 11-15, 26 d.lgs. 8 luglio 2003 n. 188, ora 11-15, 22 sgg. d.lgs. 15 luglio 2015, n. 112.
- ⁶ AGCM, 19 febbraio 2014, n. 24804.
- ⁷ Art. 37 d.l. 6 dicembre 2011, n. 201.
- ⁸ Nella relazione 2011 al Parlamento sulle privatizzazioni (prevista dall'articolo 13, co. 6, d.l. 31 maggio 1994, n. 332), il Ministero dell'economia indica gli introiti lordi ottenuti dalle privatizzazioni nel periodo 1994-2010, in quasi cento mila milioni di euro.
- ⁹ Come si evidenzia nel DPEF 2009-2013.
- ¹⁰ Artt. 1 e 2 d.l. 15 marzo 2012 n. 21.
- ¹¹ Cons. Stato, Sez. III, 7.5. 2015 n. 2291.
- ¹² Art. 23 *bis*, d.l. 25.6.2008, n. 112; d.p.r. 7.9.2010, n. 168; art. 4 d.l. 13.8.2011, n. 138; art. 25 d.l. 24.1.2012, n. 1; art. 4 d.l. 6.7.2012, n. 95.
- ¹³ Il referendum aveva per oggetto l'art. 23 *bis* d.l. n. 112/2008.
- ¹⁴ C. cost., 20.7.2012, n. 199.
- ¹⁵ Artt. 18-19, 7.8.12015, n. 124.
- ¹⁶ Art. 125 d.lgs. n. 163/2006 cod. contr. pubbl.
- ¹⁷ Art. 3, co. 27, l. 24.12.2007, n. 244; art. 4, d.l. n. 95/2012.
- ¹⁸ Art. 13 d.l. 4.7.2006, n. 223.
- ¹⁹ Art. 1, co. 555, l. 27.12. 2013, n. 147.
- ²⁰ Art. 1, co. 611-613, l. 23.12.2014, n. 190.
- ²¹ Art. 113 d.lgs 18/08/2000, n. 267; art. 19, co. 3, d.lgs. 19.11.1997, n. 422.
- ²² Art. 3 *bis*, co. 6, del d.l. n. 138/2011.
- ²³ Art. 11 d.lgs 4.3.2013, n. 33.
- ²⁴ Cass., S.U., 25.11. 2013, n. 26283.
- ²⁵ Art. 3 *bis*, co. 5, d.l. n. 138/2011, abrogato dall'art. 1, co. 559, l. n. 147/2013; art. 1, co. 553, l. n. 147/2013. Si vedano anche gli artt. 61, co. 7, d.l. n. 112/2008 e 18 d.l. n. 78/2009.

Riferimenti bibliografici

- Auby J.B. 2010, *La distinction du droit public et du droit privé*, in Id. (a cura di), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, Paris: 287 sgg.
- Branca A. 2003, *Autotrasporto di linea tra regolazione dell'attività economica e servizio pubblico*, in Id. (a cura di), *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, il Mulino, Bologna: 105.
- Cammelli M. 2010, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in E. Bruti Liberati, F. Donati, *La regolazione dei servizi di interesse economico generali*, Giappichelli, Torino: 127 sgg.
- Cammelli M., Dugato M. 2008, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in Id., *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Giappichelli, Torino: 1 sgg.
- Cavallo Perin R. 2014, *I servizi pubblici locali: modelli gestionali e destino delle utilities*, in P.L. Portaluri (a cura di), *L'integrazione degli ordinamenti giuridici in Europa*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 23 sgg.
- Cerulli Irelli V. 2011, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Giappichelli, Torino.
- Corso G. 1997, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Giuffrè, Milano: 21 sgg.
- D'Alberty M. 2008, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, il Mulino, Bologna.
- De Lucia L. 2002, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino.
- Di Gaspare G. 2001, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, Padova.
- Dugato M. 2012, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus*: 505 sgg.
- Goisis F. 2004, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Giuffrè, Milano.
- Mannori L., Sordi B. 2001, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari.
- Marzuoli C. 1997, *Le aziende speciali e le istituzioni*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Giuffrè, Milano: 49 sgg.
- Napolitano G. 2005, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, il Mulino, Bologna.
- Ottaviano V. 1992a, *Intervento statale, mercato e impresa*, ora in *Scritti in tema di diritto pubblico dell'economia*, vol. I, Milano: 11.
- Ottaviano V. 1992b, *Ente pubblico economico*, ora in *Scritti in tema di diritto pubblico dell'economia*, vol. II, Milano: 241.
- Perfetti L. 2003, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione*, in L. Perfetti, P. Polidori (a cura di), *Analisi economica e metodo giuridico*, Cedam, Padova: 27 sgg.
- Piperata G. 2005, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano.
- 2011, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus* 33.

- Police A. 2007, *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Dir. amm.*: 79.
- Renna M. 1997, *Le società per azioni in mano pubblica: il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Giappichelli, Torino.
- Roppo V. 2011, *Il contratto*, Giuffrè, Milano.
- Siragusa M. 1998, *Le essential facilities nel diritto comunitario ed italiano della concorrenza*, in E.A. Raffaelli (a cura di), *Antritrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Bruxelles-Milano: 184 sgg.
- Sorace D. 1999, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*: 371 sgg.
- Torricelli S. 2007, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Giuffrè, Milano.
- 2011, *Le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali*, in *Munus*: 69 sgg.
- 2013, *I contratti tra privati con funzioni di amministrazione pubblica*, in D. Sorace, *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli: 253 sgg.
- Trimarchi Banfi F. 2010, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*: 339 sgg.
- Villata R. 2008, *Pubblici servizi. Problemi e discussioni*, Giappichelli, Torino.

L'UNIFICAZIONE ATTRAVERSO LA GARANZIA DELLE PRESTAZIONI DI SERVIZIO PUBBLICO

Emanuele Boscolo

SOMMARIO – 1. Premessa: l'unificazione come fatto sociale e l'apporto promozionale dei servizi pubblici. 2. Lo sforzo definitorio e la ricerca di principi regolatori comuni. 3. I fallimenti allocativi del mercato e la distribuzione pubblica garantita di beni (privati) essenziali. 4. Lo Stato sociale e la lotta alle diseguaglianze. 5. Una lunga parabola: estensione delle prestazioni e differenziazione dei modelli gestionali. 6. I servizi sociali tra originaria selettività costituzionale e universalismo legislativo non mantenuto. 7. I servizi a rilevanza economica tra concorrenza e socialità: i grandi servizi a rete e i servizi pubblici locali. 8. Il presente del servizio pubblico: la riemersione di istanze legate ai bisogni primi e la suggestione di un nuovo universalismo 'di cittadinanza'.

1. Premessa: l'unificazione come fatto sociale e l'apporto promozionale dei servizi pubblici

I servizi pubblici hanno rappresentato per molti cittadini la prima e più evidente forma di unificazione dello Stato: un'analisi storica volta a ripercorrere la traiettoria di evoluzione socio-economica della società italiana indica come proprio grazie al decisivo fattore costituito dalla disponibilità delle prestazioni di servizio pubblico l'unificazione non si sia risolta solo in una operazione politico-istituzionale, ma abbia assunto anche una valenza emancipante, determinando un significativo livellamento verso l'alto del tasso di soddisfacimento concreto dei diritti sociali riconosciuti ai cittadini (Corso, 1981: 781). La presenza dei servizi pubblici ha avuto anche un effetto acceleratore sull'industrializzazione e sui processi di modernizzazione di un paese che all'atto dell'unificazione si presentava in condizione di grave arretratezza economica. La distribuzione geografica delle centrali erogative segna tuttavia anche una differenza persistente tra i diversi sottosistemi socio-territoriali, facendo emergere uno dei maggiori limiti non risolti della vicenda di unificazione.

I servizi pubblici costituiscono, unitamente alle politiche tributarie, la forma più incisiva di intervento pubblico nell'economia con funzione redistributiva: si giustifica perciò l'inserimento di un contributo specificamente dedicato a questa particolare forma di attività amministrativa nella presente Parte. Occorre tuttavia precisare che, per ovvie ragioni di spazio, ci si limiterà ad una panoramica generale, senza operare una descrizione in orizzontale dei singoli settori, privilegiando piuttosto una lettura trasversale, attenta principalmente alle

logiche di fondo. In questo scritto, oltre a riservare una riflessione all'evoluzione che il fenomeno multiforme dei servizi pubblici ha fatto registrare negli ultimi decenni, con il determinarsi di una forte differenziazione tra i diversi settori di offerta prestazionale, si tenterà la messa a fuoco di taluni elementi unificanti. In tale direzione assumerà particolare rilevanza il richiamo alle ragioni costituzionali dell'intervento pubblico, direttamente legate al vincolo di affermazione dell'uguaglianza sostanziale dei soggetti (Dworkin, 2002: XI; Ferrajoli, 2013: 34) e al carattere di essenzialità delle prestazioni che devono essere garantite (sulla nozione di essenzialità restano illuminanti le riflessioni di Forsthoff, il quale aveva parlato di 'amministrazione di erogazione', *Leistungsverwaltung*, impegnata a garantire prestazioni essenziali per la vita dei cittadini: Forsthoff, 1938).

Nella ricerca di denominatori comuni in un quadro sempre più frammentato, si farà ricorso ad una duplice griglia ricostruttiva direttamente riferibile ai modelli produttivo-allocaativi delle prestazioni. Anche su questo versante si potranno cogliere dei profili unificanti. Con riferimento alla tecnica distributiva e alla platea dei beneficiari (profili determinanti nell'analisi di un'attività erogativa), si fisseranno i caratteri di un modello universalistico e di un modello selettivo (con attenzione, in quest'ultimo novero di ipotesi, ai canoni di allocazione). In tal modo emergerà la sussistenza di una tensione (acuita dalla crisi economica generale) tra aspirazione al soddisfacimento di ogni domanda e limiti derivanti dai vincoli di sostenibilità finanziaria. Proprio questi limiti, pur a fronte di coraggiose prese di posizione giurisprudenziali, hanno finito per segnare in concreto i confini inevitabilmente discriminatori dell'intervento pubblico. Emergerà quindi come l'azione preordinata alla rimozione delle cause delle disuguaglianze che ancora condizionano profondamente i destini delle persone, limitandone sul piano effettuale la «libertà di» (Berlin, 1989: 24), debba confrontarsi costantemente con il limite delle risorse disponibili, lasciando esposto un vasto segmento della domanda a rischi di sistemica frustrazione.

Le diverse forme di intervento possono anche essere raggruppate in due classi ulteriori. Nella prima trovano spazio tutte le modalità di produzione delle prestazioni suscettibili di una qualche standardizzazione, accumulate dalla finalità di neutralizzazione alla radice dei fattori diseguali mediante la garanzia di un paniere prestazionale a beneficio indistintamente di tutti i cittadini-utenti (la scuola elementare gratuita per tutti, ad esempio, ma anche la garanzia delle prestazioni fornite dai servizi a rete). Una sorta di 'fondo' che dovrebbe garantire a ogni cittadino di collocarsi oltre (o di non scendere al di sotto di) una certa soglia di *freedom from needs*. Nella seconda ricadono invece le attività (o i segmenti di attività) e gli interventi di ribilanciamento che debbono essere attivati successivamente alla manifestazione di un bisogno particolare e che, risolvendosi sovente in uno scambio di beni di relazione, presuppongono una imprescin-

dibile personalizzazione dell'intervento. Definiremo – con tutta la stipulatività dei nomi – la prima tecnica intervento *ex ante* e la seconda intervento *ex post*.

Sul piano del metodo, si avverte l'esigenza di recupero di una maggior omogeneità concettuale. A fronte della marcata differenziazione settoriale che porta oggi a comprendere nel capitolo dei servizi pubblici attività profondamente disomogenee come le grandi *utilities* (ormai liberalizzate: telecomunicazioni, energia ecc.) e i servizi sociali (istruzione, assistenza, sanità), ha ancora senso parlare unitariamente di servizi pubblici solo se si assume la prospettiva orientata alla ricerca di taluni principi generali connotativi, più forti delle differenze tra le diverse discipline settoriali. Il richiamo ai principi generali sulla funzione organizzatrice dell'amministrazione e l'attenzione alle finalità egualitarie consentono di delineare taluni caratteri di fondo che ancora accomunano le attività definibili servizio pubblico e che le distinguono, come ogni perimetro reale, da altre forme di intervento pubblico nell'economia con finalità non redistributive, il cui scopo non sia cioè la riduzione delle differenze che – oggi come ai tempi dell'unificazione – tendono a relegare in condizione di marginalità innanzitutto coloro che si trovano più in basso nella piramide sociale.

2. Lo sforzo definitorio e la ricerca di principi regolatori comuni

In carenza tanto di una qualificazione normativa del fenomeno quanto di una fondazione categorizzante per via giurisprudenziale (a differenza di quanto accaduto in Francia, a partire dal celeberrimo *arrêt Blanco*¹), il tema dei servizi pubblici, sin dai primi decenni dall'unificazione, è stato affrontato dalla dottrina amministrativistica innanzitutto in prospettiva definitoria. Un fenomeno nuovo come l'impegno delle amministrazioni pubbliche (specie quelle comunali) in attività materiali a carattere non autoritativo poneva un problema di inquadramento entro la dogmatica del diritto amministrativo di matrice postorlandiana (De Valles, 1930: 377). Lasciata alle spalle la proto-classificazione imperniata sulla coppia attività giuridica-attività sociale (Orlando, 1892: 266) e definitivamente acquisita la connotazione pubblicistica delle attività erogative (Romano, 1906: 334), una prima soluzione è stata ricercata (Miele, 1987; Guarino, 1970: 232) in una operazione tesa a giustapporre l'attività autoritativa dell'amministrazione, riassumibile nella nozione di funzione, all'attività prestazionale caratteristica dei servizi pubblici. L'innegabile diversità ontologica tra i due blocchi di attività è stata tuttavia per lungo tempo notevolmente sfumata anche in ragione di un organico tentativo di riconduzione – per una sorta di *vis attractiva* dello statuto giuridico del potere – delle dimensioni rapportuali della vicenda erogativa entro le coordinate di inquadramento caratteristiche delle prerogative esorbitanti riconosciute all'amministrazione: si è parlato in tal

guisa di prestazioni amministrative (Alessi, 1956; in termini critici, Barettoni Arleri, 1966) ed è stata teorizzata la figura dell'ammissione (un vero e proprio atto amministrativo, ancorché implicito) quale fattore costitutivo del rapporto tra il soggetto erogatore e l'utente, ponendo in tal modo anche le premesse teoriche per l'attribuzione al primo di una lunga serie di privilegi faticosamente caduti solo in tempi recenti². Rispetto alla soluzione dicotomica funzione-servizio, che traeva una conferma indiretta anche dalla disciplina penalistica (entro cui si distingue tra reati del pubblico ufficiale, tipicamente esercente funzioni amministrative, e reati dell'incaricato di pubblico servizio, solitamente impegnato in attività erogative: Manes, 2002), si è resa evidente sul piano dogmatico l'insoddisfazione per una ricostruzione meramente 'residuale' del servizio pubblico, identificato con le attività pubbliche di matrice diversa rispetto alle funzioni. È stato inoltre di recente osservato che anche entro settori di attività tradizionalmente ricondotti allo spazio della funzione (si pensi all'attività giurisdizionale o certificativa) sono riscontrabili elementi espressivi di una dimensione rapportuale tra l'amministrazione e l'utente, con introduzione nel panorama categoriale dei servizi burocratici.

Il problema della definizione del servizio pubblico, reso ineludibile dalla necessità di disporre di una nozione utile a fissare una chiara linea di distinzione rispetto ad altre tipologie di attività pubbliche del pari caratterizzate da rilevanza economica (attività privata dello Stato) e rispetto ad attività preordinate all'offerta di beni o servizi entro mercati regolati (gestite da privati o da imprese pubbliche)³, ha continuato ad animare il dibattito e ha trovato risposte in due grandi filoni teorici, espressivi l'uno di una nozione soggettiva e l'altro di una nozione oggettiva del fenomeno.

Entro una riflessione prioritariamente focalizzata sulla dimensione soggettiva maturata in una stagione in cui l'amministrazione gestiva direttamente i servizi pubblici e i caratteri dell'attività finivano per coincidere in ampia parte con i profili di specialità del soggetto, si è posto per lungo tempo l'accento principalmente sul dato nominalistico e sul momento volontaristico rappresentato dall'atto formale di assunzione, con il risultato di ascrivere rilevanza all'imputazione (sul piano soggettivo, appunto) all'amministrazione pubblica dell'attività e all'atto espressivo di tale decisione. Più di recente, entro una aggiornata rilettura della teoria soggettiva (Caia, 2005: 146), dietro la decisione di assunzione del servizio si è colto l'impegno alla strutturazione di una offerta distributiva rivolta al pubblico in risposta alle esigenze espresse dalla collettività; in tale ricostruzione è quindi riscontrabile una valorizzazione dell'elemento rappresentato dalla risposta organizzativa pubblica, identificata come fondamentale elemento di garanzia rispetto all'effettivo soddisfacimento dei bisogni collettivi, ravvisandosi in tale profilo finalistico l'*in se* di una attività erogativa delineata alla stre-

gua di un servizio rivolto alla collettività (si parla dunque di servizio pubblico nel senso di attività *per* il pubblico e non più solamente di attività imputabile sul piano soggettivo all'amministrazione, la quale – come si è reso oggi evidente – non viene più necessariamente preposta al segmento gestionale).

Entro la teoria oggettiva ci si è invece approfonditamente interrogati circa i tratti sostantivi dell'attività. Ne è derivata la considerazione secondo cui nel quadro costituzionale sarebbe possibile intravedere la possibilità di esercizio di attività costituenti ad ogni effetto servizio pubblico anche da parte di privati (dato che negli anni di elaborazione della teoria non appariva affatto scontato). In tal senso va fatta menzione dell'autorevole ricostruzione (Pototschnig, 1964) che, partendo dal testo degli artt. 41 e 43 Cost., ebbe a dimostrare come accanto alle attività di servizio pubblico assunte dall'amministrazione ne siano configurabili altre che, pur presentando i caratteri tipologici fissati dall'art. 43 Cost., non sono oggetto né di riserva originaria, né di assunzione e possono dunque essere svolte anche da soggetti privati, sottoposti unicamente a controlli e programmi ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 41 Cost. Si sono così fissate in termini antesignani le coordinate per teorizzazioni successive che, principalmente in occasione delle vicende di liberalizzazione dei servizi a rete, hanno potuto poggiare su dati normativi deducibili dalle direttive pro-concorrenziali comunitarie e sull'affermazione, anche a livello costituzionale, del principio di sussidiarietà orizzontale, consentendo di porre al centro della riflessione sui servizi pubblici l'elemento cruciale della funzionalizzazione dell'attività al soddisfacimento di esigenze collettive (Figorilli, 2014: 634). Queste imponenti proposte teoriche (qui semplicemente tratteggiate), entrambe capaci di gettare un fascio di luce su taluni profili decisivi per l'elaborazione di una nozione organica di servizio pubblico (Villata, 2008: 8), si sono poste in costante rapporto dialettico con il formante giurisprudenziale, anch'esso impegnato in uno sforzo definitorio (seppur con metodo prettamente casistico), dal quale si mantiene invece distante la legislazione, tanto nazionale quanto comunitaria. Quest'ultima è persa del resto più incline all'emanazione di direttive settoriali con precipua finalità liberalizzante (v. G. Cocco, *Liberalizzazioni*, in questo volume), mentre la definizione di un complessivo quadro categoriale è stata demandata a documenti di natura non normativa, dai quali è comunque deducibile, dietro un comprensibile sincretismo tra le diverse tradizioni nazionali, lo statuto giuridico delle due categorie, rispettivamente, dei servizi di interesse generale e dei servizi di interesse economico generale, il *discrimen* tra le quali passa per l'identificabilità, nei settori a cui corrispondono i secondi, di un mercato (anche solo potenziale) per l'offerta dei servizi.

Nella stagione del presente, in cui sembra inarrestabile la tendenza alla differenziazione tra i diversi settori, altri importanti apporti dottrinali (Cavallo

Perin, 2001: 961) si sono concentrati nell'opera di enucleazione da un quadro tanto frammentato di alcuni principi ordinatori. Tali principi generali, ai quali fa riferimento anche la importante l. 14.11.1995, n. 481, sono stati identificati nella doverosità dell'azione amministrativa erogativa, con il corollario del vincolo di continuità, nella parità di trattamento degli utenti, nella universalità dell'offerta e nell'abbordabilità delle prestazioni nel duplice senso economico e della copertura territoriale (sulla scia della nozione comunitaria di servizio universale⁴: Cartei, 2002). A questo elenco si possono aggiungere – secondo una sensibilità che negli anni recenti si è fatta sempre più marcata – i principi della responsabilità dell'erogatore rispetto alla qualità, tempestività e adeguatezza delle prestazioni e dell'esigibilità delle stesse da parte dell'utente entro la cornice di garanzie offerte dalle carte dei servizi e dalla figura del contratto d'utenza.

Il servizio pubblico si presenta oggi alla stregua di una categoria comprensiva che abbraccia attività ormai profondamente disomogenee sul piano soggettivo (in alcuni settori le attività di servizio sono svolte da imprese poste in concorrenza; in altri settori la presenza del gestore pubblico è ancora preponderante e, in alcuni casi, insostituibile), accumulate dalla finalità egualitaria che impone all'amministrazione di mantenere, in una prospettiva di risultato, una responsabilità organizzativa. Nei settori liberalizzati – come vedremo – tale responsabilità si traduce in un compito di regolazione e nell'assunzione da parte dell'amministrazione pubblica del ruolo di agente dei cittadini entro una relazione tri-laterale utente-gestore-regolatore. Una tale responsabilità organizzativa postula, nei settori ove si possa affidare alla concorrenza regolata il perseguimento del risultato distributivo a cui il servizio pubblico deve tendere, la possibilità di interventi non neutrali⁵ di ribilanciamento o l'imposizione di obbligazioni di servizio pubblico a carico dei gestori (e, ancor prima, all'atto della liquidazione dei monopoli pubblici, lo svolgimento di un compito pro-concorrenziale: *level the field*). Si sono così delineati, sulla scia delle omologhe esperienze di altri paesi, i tratti della funzione di regolazione, affidata a neoistituite autorità indipendenti, decisiva per evitare che le liberalizzazioni si risolvessero nella consegna a ricostituiti monopoli privati di interi segmenti del servizio pubblico e per scongiurare il rischio che l'affidamento al mercato di tali attività determinasse cadute dei livelli prestazionali, soprattutto sul fronte della universalità e abbordabilità. Nei settori sociali o nelle situazioni di mancata o insufficiente liberalizzazione (è il caso dei servizi pubblici locali), questa stessa responsabilità impone all'amministrazione di continuare a svolgere l'attività di gestione in forme che nel tempo si sono comunque aggiornate nella costante ricerca di una maggiore efficienza quale strumento per una più effettiva risposta sociale inclusiva.

Si è quindi assistito ad una segmentazione della categoria che ha tuttavia finito per far affiorare e rendere più distintamente percepibile il compito fonda-

mentale dell'amministrazione, un tempo assorbito in quello gestionale: il compito di garante del risultato distributivo che presuppone l'esercizio di una funzione organizzatrice delle condizioni di produzione-allocazione (pubblica o privata regolata) di volta in volta concretamente più idonee al raggiungimento del risultato finalizzato, secondo il dettato costituzionale, alla realizzazione di una piena uguaglianza sostanziale dei soggetti. Un compito che impone quindi all'amministrazione di riuscire a garantire una continua convergenza tra efficienza (dei moduli gestionali e dei mezzi di produzione) ed equità (perseguibile garantendo risultati distributivi adeguati alla finalità egualitaria).

3. I fallimenti allocativi del mercato e la distribuzione pubblica garantita di beni (privati) essenziali

Le incertezze che ancora percorrono il panorama teorico inducono a riflettere sulla natura delle prestazioni di servizio pubblico: partendo dai caratteri di tali prestazioni è possibile dedurre quale debba essere il perimetro necessario (e mutevole nel tempo) del servizio pubblico. Attraverso questa modalità di intervento il soggetto pubblico opera, solitamente sul lato dell'offerta, al fine di perseguire il risultato di rendere talune prestazioni effettivamente disponibili per tutti i cittadini, senza limitazioni di accesso determinate da ragioni economiche o di contesto socio-territoriale. In termini introduttivi, si può affermare che si tratti di prestazioni essenziali per la realizzazione compiuta delle persone. Prestazioni che i dispositivi del mercato, in ragione della loro naturale selettività, non sono ordinariamente in grado di rendere fruibili a vantaggio dell'intera popolazione. La disponibilità di tale novero di prestazioni deve quindi essere garantita tramite l'intervento pubblico, con l'obiettivo di una desiderabile distribuzione universale. Ciò mediante forme di produzione-allocazione che vedono l'amministrazione pubblica operare, direttamente (con una propria organizzazione) o indirettamente (tramite l'orientamento dell'azione delle imprese), in forme che nel tempo si sono enormemente diversificate e che risultano comunque sostitutive o correttive dell'azione economico-razionale dei soggetti dell'economia.

Il giudizio di essenzialità delle prestazioni, da cui dipendono i contenuti concreti (e quindi i confini) del servizio pubblico, ha carattere eminentemente politico ed è quindi destinato ad adeguarsi (si parla in Francia di *loi d'adaptabilité*) al mutamento, a volte anche repentino, delle sensibilità circa le condizioni socio-economiche considerate accettabili (anche in ragione dell'evoluzione tecnologica): questo giudizio politico è determinato dalla sensibilità rispetto alle conseguenze per i singoli (e, in aggregato, per l'intera società) della mancata disponibilità di talune prestazioni a consumo non voluttuario

(in alcuni casi qualificabili come beni meritori: si pensi all'istruzione di base o alle vaccinazioni) e da un giudizio prognostico circa l'inattitudine del mercato ad assicurare risultati distributivi soddisfacenti sul piano della universalità di accesso a tali prestazioni.

Le prestazioni oggetto del servizio pubblico hanno quasi sempre natura di servizi, entro cui prevale la componente di *facere* (la prestazione di cura, di insegnamento, di assistenza, di trasporto ecc.), ma non mancano attribuzioni di beni (la provvista idrica minima giornaliera, la fornitura di energia elettrica, per fare solo due esempi) o trasferimenti economici. Sin dalle prime analisi del fenomeno nascente dei servizi pubblici, la rispettiva teorica, prioritariamente concentrata sulle forme di produzione-distribuzione connotate da una forte specialità rispetto ai modelli economici generali, si è ritagliata uno spazio autonomo anche rispetto alla più generale funzione dispensativa dello Stato (i cui caratteri sono conseguentemente rimasti sottotraccia: Corso, 1990: 177; Boscolo, Cafagno, 2006: 85). Quest'ultima ricomprende un ventaglio molto più ampio di attività, tra le quali va sicuramente ricordata, per la originaria radice comune con i servizi pubblici (Raggi, 1909: 13), la messa a disposizione dei cittadini di spazi variamente attrezzati a fruizione generale, come appare oggi evidente in corrispondenza di un progressivo ravvicinamento tra le politiche urbanistico-realizzative e quelle di gestione della demanialità, da un lato, e quelle di elaborazione dei sistemi di welfare urbano, dall'altro.

Il servizio pubblico, passando ad osservare la natura delle prestazioni da un'altra angolatura, attenta alle influenti classificazioni proposte dall'economia pubblica, ha la funzione di vicariare i fallimenti del mercato ed opera perciò in funzione di allocazione pubblica di beni privati 'demercificati', ossia di beni che presentano i caratteri della escludibilità e della rivalità, la cui allocazione viene tuttavia sottratta (in tutto in parte) alle ordinarie logiche dello scambio nell'arena commerciale. I destinatari delle prestazioni sono quindi i singoli, con ciascuno dei quali (*uti singuli*) l'amministrazione struttura una relazione erogativa. Per contro, altre attività dispensative dell'amministrazione si differenziano dal servizio pubblico poiché hanno ad oggetto l'assicurazione di servizi indivisibili, ossia rivolti necessariamente a vantaggio della collettività assunta alla stregua di un aggregato. Gli economisti parlano in proposito di una funzione ineliminabilmente pubblica di assicurazione di *public goods*, ossia di beni (utilità, per evitare ogni confusione semantica) a fruizione non rivale e non escludibile (Samuelson, 1954: 387), come la difesa o l'ordine pubblico. Poiché rispetto a tali beni appare problematica l'esazione di un prezzo (sarebbe molto alto il numero dei *free-riders*: Coase, 1995: 291), la produzione privata degli stessi si presenta poco vantaggiosa, con necessità di impegno produttivo pubblico necessario, finanziato con risorse erariali (Napolitano, 2014: 15).

4. *Lo Stato sociale e la lotta alle disuguaglianze*

La diffusione e complessità del fenomeno del servizio pubblico assume una rilevanza determinante nella definizione del modello di economia mista a cui si è conformata nel tempo la nostra costituzione economica: la presenza massiccia di un sistema di produzione-allocazione pubblica volta a ridurre gli effetti della selettività del mercato ha consentito di parlare di una economia sociale di mercato (per raccogliere la suggestione che viene da una influente dogmatica mitteleuropea: Röpke, 2004: 45) ovvero, comunque, di una economia liberale di mercato temperata. Il fenomeno del servizio pubblico aveva già assunto una riconoscibile fisionomia a pochi decenni dall'unificazione amministrativa del Regno, ma ha trovato una serie di più solide affermazioni entro la Costituzione (Corso, 1992: 223) e nei Trattati dell'Unione europea, specie dopo il Trattato di Lisbona (Galetta, 2013: 1175). Dal diritto europeo, spesso tacciato di una visione mercatista neoliberale, viene invece una indicazione nel senso della irrinunciabilità del fenomeno del servizio pubblico, considerato anzi una delle più forti specificità del sistema politico-economico dei paesi europei, come del resto attestato dalla norma-cardine (oggi contenuta nell'art. 106 T.F.U.E.) secondo cui l'affermazione di sempre maggiori spazi per la concorrenza non deve mai andare a detrimento della garanzia a vantaggio dei cittadini dei servizi economici di interesse generale (Trimarchi Banfi, 2008).

Il fenomeno dei servizi pubblici ha una straordinaria importanza nella ricostruzione del modello di Stato (si è anche parlato, con evocativa suggestione, di 'Stato dei servizi pubblici': Pastori, 1993: 1081) in quanto è divenuto il terreno su cui si è concretamente manifestato il fondamentale tornante istituzionale, annunciato nella Costituzione ma compiutosi solo nell'ultimo cinquantennio, che ha segnato il passaggio dallo Stato liberale di diritto forgiatosi nell'Ottocento ed erede diretto delle rivoluzioni borghesi (garante unicamente dell'uguaglianza formale dei soggetti) ad un modello riconducibile, almeno sul piano delle intenzionalità, al *welfare state* (il cui riferimento culturale simbolico rimonta al famoso Rapporto Beveridge del 1942: Beveridge, Torino 1948). Questo modello di Stato, a cui M.S. Giannini preferiva la definizione di Stato pluriclasse (Giannini, 2005: 89), si propone di incidere sullo spaccato socio-economico materiale in funzione di promozione dei diritti sociali (per una rappresentazione dello schema evolutivo-incrementale che distingue tra diritti civili, politici e sociali, si veda il fondamentale contributo di Marshall, 2002).

La strutturazione di un articolato sistema di servizi pubblici preordinati alla erogazione di una gamma sempre più ampia di prestazioni costituisce l'unica risposta pubblica concreta all'esigenza di limitare il tasso di disuguaglianze marginalizzanti riscontrabile nella società italiana nelle diverse stagioni: ciò al fine di

strutturare rapporti sociali più equi (sin da Aristotele l'elaborazione del concetto relazionale di eguaglianza distributiva è stata posta in correlazione con l'istanza di maggior equità nei rapporti tra i soggetti). In particolare, l'*in se* del modello welfarista – come ricordava puntualmente già Bobbio (da ultimo, Bobbio, 1995: 24) e come è divenuto patrimonio comune della filosofia politica del secondo Novecento, a partire dalla influente teoria della giustizia di Rawls (Rawls, 1991: 65) – è rappresentato dal progetto di ribilanciamento delle diseguaglianze ingiuste, per tali assumendo le diseguaglianze che non derivano da azioni o scelte del soggetto ma che il soggetto subisce per effetto della 'lotteria della vita' o di altri eventi avversi (Arneson, 2001: 173; Somaini, 2002). Il servizio pubblico non ha tuttavia la funzione di scolorare tutte le differenze tra i soggetti: si deve infatti aggiungere che sono oggetto di intervento pubblico correttivo unicamente le diseguaglianze che avrebbero l'effetto di determinare la marginalizzazione del soggetto, impedendogli di dispiegare in autonomia il rispettivo progetto di vita.

Come indica icasticamente l'art. 3, c. 2, Cost. («È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana»: Caravita, 1984), esprimendo con ciò la prima e più radicale affermazione di rilevanza costituzionale di questa particolare forma di attività amministrativa, la strutturazione dei servizi pubblici costituisce un compito fondamentale di tutti i livelli amministrativi al fine evitare che alcuni cittadini siano collocati in condizione di diseguaglianza dei punti di partenza (come già indicava Einaudi negli anni cinquanta: Einaudi L., 1949, 169) e di condurre ciascuno almeno alla soglia di una «esistenza libera e dignitosa», secondo l'attualizzazione della formula pregnante espressa dall'art. 36 Cost. (obiettivo che postula la messa in condizione di ciascuno di perseguire la massima realizzazione di sé, senza ricercare invece alcun livellamento verso l'alto della società, secondo il diverso schema tendente all'uguaglianza dei risultati, a tratti perseguito nei regimi totalitari).

5. Una lunga parabola: estensione delle prestazioni e differenziazione dei modelli gestionali

I servizi pubblici hanno assolto la funzione di garantire la disponibilità di prestazioni essenziali che non sarebbero state altrimenti disponibili per ampi strati della popolazione: grazie a questa «lunga parabola ascendente» (Pastori, 1993: 1080) – nel passaggio dal livello individuale al livello aggregato – la società italiana ha potuto uscire da una condizione di arretratezza, reggere nel secondo Novecento la sfida della ricostruzione postbellica, avviarsi a stagioni più floride in cui si è attuata una politica inclusiva di vaste masse ad una condizio-

ne di maggiore benessere, sino all'impegnativa sfida di mantenere in essere il sistema degli interventi a fronte della crisi fiscale dello Stato che, a partire dagli anni Settanta, ha reso sempre più difficile sostenere l'enorme peso finanziario della spesa per le funzioni di benessere.

In ciò si riscontra – come accennato – il significato pregnante che l'unificazione assume in questa materia: grazie alla progressiva espansione dei servizi pubblici, l'azione di unificazione non è rimasta confinata al solo versante legislativo e amministrativo (come era accaduto nei primi decenni del Regno), ma ha prodotto ricadute tangibili sulla condizione materiale dei singoli, creando le condizioni per una autentica coesione sociale, capace di garantire, nel secondo dopoguerra, in corrispondenza con un periodo di floridità economica generale, una elevata mobilità sociale (poi tuttavia progressivamente attenuatasi, sino ad arrestarsi nel frangente attuale: Franzini, 2013). Sul piano storico questo lungo processo si è avviato già a cavallo tra Otto e Novecento (nella prima fase si possono ricordare le tappe rappresentate dalla legge Crispi sulle IPAB del 1882, che segna il passaggio dall'archetipo della beneficenza ad un primo nucleo di servizi assistenziali, dalla legge Giolitti del 1903 sui servizi pubblici municipali, che ridefinisce il ruolo del comune come amministrazione di erogazione, pur se in termini considerati all'epoca limitativi rispetto all'attivismo di alcuni comuni, e dalla legge sulle ferrovie del 1905, che segna il primo organico intervento modernizzatore di scala nazionale). Questa lunga traiettoria inclusiva si è sviluppata con notevole gradualismo, facendo registrare una accelerazione in quello che si definisce usualmente il ventennio d'oro delle politiche pubbliche di welfare (Ferrara, 2006: 27), un periodo che in Italia si è protratto almeno sino agli anni '80 (paradigmatica in tal senso la circostanza che la riforma universalistica della sanità sia intervenuta solo nel 1978), a prezzo tuttavia di una accentuazione del deficit statale, peraltro determinata non tanto dall'estensione dei beneficiari quanto dalla cattiva qualità della spesa.

6. I servizi sociali tra originaria selettività costituzionale e universalismo legislativo non mantenuto

La Costituzione riserva specifiche proposizioni ai servizi a rilevanza sociale e definisce selettivamente in una pluralità di clausole la platea dei destinatari facendo ricorso alla tecnica del *means test* (o prova dei mezzi, nel senso che il percettore deve dimostrare di non possedere mezzi economici sufficienti⁶): in Costituzione si parla, per fare solo due esempi, di «cure gratuite» riservate ai soli «indigenti» (art. 32) e del diritto «al mantenimento ed all'assistenza sociale» assicurato unicamente ad «ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere» (art. 38). Si tratta di norme che denunciano la derivazione

pauperistica e lavoristica del sistema di garanzie tratteggiato in sede costituente (Costa, 1997: 277, ove si mettono in luce gli echi del sistema bismarkiano), articolato in una serie di misure ritagliate per specifiche categorie di destinatari in condizione di bisogno qualificato: si trattava del resto dell'eredità dell'arcipelago di istituti che si erano consolidati nel precedente regime e che, a loro volta, costituivano una estensione orizzontale del sistema ottocentesco della beneficenza pubblica. Norme molto lontane dal modello della *social security* di cui si era fatto manifesto il già citato Rapporto Beveridge (Titmuss, 1985; Regonini, 2004: 941). La legislazione ordinaria, durante la fase espansiva dello Stato sociale, sulla scia della giurisprudenza costituzionale, si è fatta carico di estendere progressivamente le fila dei beneficiari, secondo una tendenza giunta all'apice con la già ricordata legge di riforma sanitaria 23.12.1978, n. 833, che esprime in termini emblematici il senso dello scorrimento in direzione di un modello pienamente universalistico, in superamento del testo costituzionale (un modello che verrà riproposto, due decenni dopo dalla legge quadro sull'assistenza sociale).

L'universalismo proclamato per via legislativa ha tuttavia dovuto confrontarsi con l'incapacità delle amministrazioni, costrette da severi vincoli di bilancio e da rigidità organizzative, di assicurare una risposta realmente adeguata. È quindi toccato alla giurisprudenza riaffermare la natura immediatamente precettiva e non meramente programmatica delle leggi universalistiche.

Nel settore sanitario, dopo una prima stagione della giurisprudenza costituzionale tesa ad assecondare un certo gradualismo nell'attuazione della riforma sanitaria⁷, consolidatasi in una fase – gli anni '80 – in cui il deficit dello Stato aveva raggiunto livelli insostenibili e si era fatta strada l'idea della recedibilità dei diritti sociali in diritti finanziariamente condizionati (secondo la efficace formula di sintesi coniata da Merusi, ad indicare come il vero elemento selettivo fosse deducibile dalla necessità di un confronto con il limite della sostenibilità economica complessiva del sistema: Merusi, 1990), dalla Corte costituzionale sono venute affermazioni tese a prefigurare un diverso esito nel bilanciamento tra le esigenze organizzative e la pretesa individuale. Sono le importanti pagine che il Giudice delle leggi ha riservato alla protezione di un nucleo irriducibile del diritto alla salute, sull'assunto che «le esigenze della finanza pubblica non possono assumere, nel bilanciamento del legislatore, un peso talmente preponderante da comprimere il nucleo irriducibile del diritto alla salute» posto in diretta correlazione con l'inviolabile dignità della persona umana⁸. Si è in tal modo favorito il passaggio da un sistema che aveva promesso 'tutto a tutti' ad un modello prosaicamente impegnato a garantire con piena effettività 'l'essenziale' (anche in termini di appropriatezza e necessaria personalizzazione delle cure) a chi ne abbia effettivamente bisogno. La Corte costituzionale, nell'esprimere tale soluzione, è quindi riuscita a scongiurare il rischio che all'enunciazione nominalisti-

ca di fondamentalità della correlativa pretesa venisse a corrispondere una scatola sistematicamente e desolatamente vuota.

L'istruzione rappresenta l'esempio sicuramente più evidente di intervento teso a favorire lo sviluppo delle capacità dei singoli (Sen, 2000: 80, ha parlato di «capabilities» come sommatoria delle possibilità di alternative di vita che la persona è in grado di sviluppare anche grazie alla presenza di servizi pubblici; sul punto va ricordato anche l'originale contributo di Nassbaum, 2012). Nel sistema di istruzione disegnato dalla Costituzione (art. 34) coesistono salientemente un modello universalistico, riferito alla scuola dell'obbligo, «obbligatoria e gratuita» (obbligatoria in quanto bene di merito, la cui fruizione va sottratta alle preferenze individuali; gratuita in quanto tesa a garantire a tutti la particolare forma di uguaglianza rappresentata dalla parità dei punti di partenza: *supra*) e un modello selettivo finalizzato a garantire l'accesso «ai più alti gradi degli studi» unicamente «ai capaci e meritevoli, ancorché privi di mezzi», il cui diritto è reso effettivo mediante «borse di studio, assegni alle famiglie ed altre provvidenze, che devono essere attribuite per concorso» (ossia mediante procedure oggettivanti, volte a garantire l'affermazione del criterio allocativo del merito). La diffusione dell'istruzione elementare (e poi media inferiore) nel paese è stata capillare – una presenza anche fortemente simbolica dello Stato – sin dalle riforme Casati del 1859 e Gentile del 1923. La dottrina amministrativistica si è fatta carico negli anni Settanta di rimarcare la finalità propriamente egualitaria e promozionale dell'istruzione, ponendo l'accento sulla necessità di rendere effettivo il «diritto a godere dell'istruzione necessaria “malgrado” ogni possibile ostacolo di ordine economico e sociale con cui i singoli possano scontrarsi di fatto» (Pototschnig, 1973: 96). Questa riflessione ha contribuito decisamente a far luce sui molti ostacoli, legati alla condizione delle famiglie e alla limitatezza contenutistica delle prestazioni scolastiche (originariamente circoscritte alla sola gratuità del servizio), che si frapponevano alla piena effettività per molti dell'accesso all'istruzione. La legislazione negli anni successivi ha fatto registrare una progressiva apertura, sfociata nell'estensione delle misure volte a garantire – per fare solo due esempi – anche la fornitura dei libri e il trasporto scolastico. Anche la giurisprudenza costituzionale, dopo alcune iniziali incertezze⁹, si è posta sulla stessa linea orientata all'allargamento contenutistico del servizio di istruzione¹⁰. Nella prospettiva ricostruttiva tesa a far emergere la tensione tra universalismo e limiti di sostenibilità finanziaria qui assunta, appare molto significativa – all'intersezione tra il tema dell'istruzione e quello dell'assistenza – la vicenda del sostegno agli alunni disabili (Boscolo, 2014: 165). Come noto, nel tempo si è passati da un paradigma culturale discriminante, imperniato su percorsi separati per gli alunni con disabilità, all'affermazione, sul piano assiologico, del valore di una sempre più compiuta integrazione. Le misure di so-

stegno, necessariamente personalizzate, si sono tradotte principalmente in programmi differenziati e nella presenza entro le classi di insegnanti specializzati. Questa *issue* si è fatta ancor più rilevante in seguito al riconoscimento della necessità di assicurare interventi differenziati anche agli alunni con disturbi specifici dell'apprendimento. La Corte costituzionale ha incisivamente rimarcato, in una sentenza che ha tracciato le impegnative coordinate settoriali volte al superamento delle 'differenze di partenza', la necessità che la frequenza degli alunni disabili ad ogni ordine di istruzione (e non solamente all'istruzione elementare) fosse non solo «facilitata» ma concretamente «garantita»¹¹. L'ampiezza dei bisogni non ha tuttavia trovato corrispondenza in adeguate risorse e i vincoli finanziari generali hanno indotto a soluzioni organizzative imperniate sulla predeterminazione di un rapporto (peraltro non paritario) alunni-insegnanti svincolato dalla considerazione della gravità delle specifiche situazioni: un malcelato tentativo, in altri termini, di ricondurre ad una logica *ex ante* una attività che invece postula una capacità di necessario adattamento *ex post* ai caratteri dello svantaggio individuale. La Corte costituzionale, con una pronuncia che rappresenta un tornante fondamentale rispetto al tema più generale del nesso tra istanze organizzative tipizzanti ed effettività-personalizzazione dei diritti sociali, ha tuttavia replicato che nessun vincolo di bilancio o disposizione organizzativa deve precludere alle singole istituzioni scolastiche di fare ricorso, se necessario, anche a strumenti assunzionali derogatori al fine di garantire la necessaria appropriatezza-personalizzazione alla prestazione differenziata a cui ogni alunno disabile ha diritto (se necessario anche con ripristino di un rapporto 1/1 alunno-insegnante)¹². Si tratta, ancora una volta, di una sentenza (una tipica pronuncia 'che costa') nella quale la Corte riafferma il primato delle istanze individuali (indicando, tra l'altro, che i disabili non costituiscono un 'gruppo' o una 'classe omogenea', ma sono individui al singolare) e la necessità che i modelli di intervento nel panorama sociale vengano disegnati a partire dalla domanda utenziale e non vengano invece pensati secondo astrazioni organizzative concepite assumendo quale esigenza prevalente la compatibilità finanziaria. Ne deriva l'irriducibilità del servizio pubblico, almeno nei settori sociali, entro logiche di standardizzazione che, in carenza di clausole e strumenti di adattamento a posteriori, preluderebbe inevitabilmente ad una inaccettabile rigidità dell'offerta.

Il sistema di assistenza un tempo si parcellizzava in una congerie, manifestamente priva di organicità, di misure diseguate 'per gruppi' (gli invalidi, i ciechi, i minori ecc.). Anche in questo settore gli interventi della Corte costituzionale hanno assunto un ruolo decisivo (Salazar, 2000). Oltre a svincolare le istanze assistenziali da tale schema segmentante a blocchi¹³, la Corte ha avuto modo di porre l'accento sulle differenze intercorrenti tra i residui del sistema della beneficenza, che si sostanziano in misure straordinarie non tipizzabili a vantaggio

di soggetti in condizione di bisogno, dal modello dell'assistenza, costruito invece nella prospettiva di prevenzione del manifestarsi di condizioni marginalizzanti a vantaggio di talune classi di soggetti in condizione di fragilità, con conseguente possibilità di una maggior predeterminazione organizzativa. Ai nostri fini ciò conferma la necessità di una stretta ed ineliminabile integrazione tra interventi strutturati secondo un modulo di intervento *ex ante* rivolto ad una platea utenziale identificata per classi di bisogni e interventi idonei a fornire una risposta *ex post*, decisiva per garantire pari opportunità ai soggetti per i quali, in ragione di bisogni specifici, siano necessarie maggiori risorse in vista del raggiungimento del risultato di piena integrazione, come successivamente indicato in termini molto avanzati dalla legge quadro sull'assistenza (l. 8.11.2000, n. 328).

7. I servizi a rilevanza economica tra concorrenza e socialità: i grandi servizi a rete e i servizi pubblici locali

Oltre all'allargamento dell'offerta prestazionale, l'altro elemento connotante che si registra negli ultimi decenni è rappresentato dalla sempre più accentuata divaricazione tra modelli gestionali, mai neutrali rispetto ai risultati distributivi. Da un lato, si profila una differenziazione tra servizi di tipo sociale, privi di rilevanza economica (l'istruzione, la sanità, l'assistenza), e servizi a rilevanza economica (le telecomunicazioni, i trasporti, il servizio idrico integrato¹⁴ ecc.), favorita anche dalla circostanza che il diritto comunitario, almeno per un lungo periodo, si è occupato di queste ultime attività prioritariamente in chiave pro-concorrenziale. Se si considera poi l'evoluzione che hanno seguito settori in cui ancora sino a pochi decenni addietro si riscontravano situazioni di consolidato monopolio pubblico, si coglie inoltre nel quadro attuale una netta divaricazione di percorsi tra l'assetto raggiunto dai servizi a rete nazionali, faticosamente aperti alla concorrenza grazie ad un sistema imperniato sulla regolazione tramite autorità indipendenti, e la condizione riscontrabile nel macrosettore dei servizi pubblici locali, in cui persiste ancora molto forte, e all'apparenza inscalfibile, il ruolo gestionale dei comuni.

Nel passaggio da una costituzione economica all'altra (Cassese, 2013), in settori in cui le modalità tecnico-organizzative di produzione si prestano a schemi organizzativi di tipo industriale, anche sulla decisiva spinta proveniente dal diritto comunitario (tema quest'ultimo che non può qui essere neppure accennato), è stata operata a partire dagli anni Novanta la scelta normativa di favorire il passaggio dal tradizionale modello del servizio assunto dalle strutture amministrative (sulla base, secondo il lessico comunitario, di 'diritti speciali ed esclusivi') alla strutturazione di un assetto concorrenziale aperto all'imprenditoria privata (Sorace, 1999: 418). Ciò sull'assunto che, secondo una concezione non

finalistica della concorrenza (Libertini, 2014: 503), dal confronto competitivo tra più operatori che si contendono quote di mercato possa derivare un supplemento di efficienza, innovazione e il perseguimento del risultato distributivo socialmente desiderabile in ragione del perdurante predicato di essenzialità che i servizi e beni allocati con questa modalità comunque mantengono. La concorrenza in questa prospettiva non costituisce un valore da affermare nel prevalente interesse degli attori del mercato (in vista del raggiungimento di un assetto soggettivamente pluralistico, entro cui nessun attore sia in grado di esercitare un potere derivante dal proprio ruolo sovrachiarante), bensì una condizione dalla quale può derivare una maggior efficacia produttivo-distributiva, con conseguenti ricadute dirette sugli utenti in termini di maggior qualità delle prestazioni e di orientamento ai costi delle tariffe. Per dare corpo a questo nuovo scenario è stato innanzitutto necessario destrutturare le presenze monopolistiche che costituivano il portato della precedente stagione – i cui meriti non vanno affatto sottovalutati – in cui entro questi settori (ad elevata componente tecnologica) pesanti investimenti e lo sforzo infrastrutturale di formazione delle reti infrastrutturali erano stati promossi dallo Stato per il tramite di enti pubblici poi variamente trasformati. In passato, il condizionamento derivante dalla necessità di articolare il servizio a partire dalla disponibilità di una rete fisica veniva assunto come uno dei principali argomenti a sostegno della necessità di un impegno pubblico in questi settori. La criticità rappresentata dall'accesso alla rete costituisce un dato reale ma, secondo la dottrina economica, non giustifica l'affermazione della sussistenza di un monopolio naturale, premessa per l'attribuzione di una riserva a vantaggio di soggetti pubblici (monopolio legale). Nella nuova prospettiva proconcorrenziale è stato necessario garantire preliminarmente ai *new entrants* condizioni di accesso neutrale alla rete, sovente qualificabile come un *asset* imprescindibile, non duplicabile ma condivisibile (Di Porto, 2008; Polo, Denozza, 2001: 41): è quanto paradigmaticamente avvenuto (con pieno successo) nel settore delle telecomunicazioni, ambito entro cui – sulla scia della dottrina delle *essential facilities* (Lisky, Sidak, 1999: 1187) – è stata garantita, grazie ad una attenta attività regolativa, l'interconnessione all'unica rete disponibile (nelle mani dell'*incumbent* derivante dalla privatizzazione del precedente monopolista legale), con rimozione della principale barriera all'accesso al mercato da parte di nuovi competitori, determinando un immediato e tangibile vantaggio per l'utenza (anche se l'innovazione tecnologica impone oggi di iscrivere in agenda la complessa questione dell'adeguamento delle infrastrutture di rete ai nuovi standard tecnologici, con ritardi che rischiano di decretare la marginalizzazione di interi territori). In questo processo, molto studiato dalla dottrina amministrativistica, hanno avuto un ruolo decisivo di *enforcement* e di garanzia le autorità istituite nei vari settori (e poi nel tempo a loro

volta oggetto di razionalizzazioni organizzative dettate da esigenze di contenimento dei costi), alle quali è stato assegnato il compito di regolazione tanto in chiave pro-concorrenziale (ossia per creare e mantenere le condizioni di un confronto aperto), quanto in chiave sociale (ossia per imporre agli operatori la previsione e il rispetto di clausole a vantaggio dell'utenza debole). In questi settori molte delle istanze distributive un tempo poste a giustificazione dell'intervento pubblico trovano ora soddisfazione per effetto del funzionamento efficiente dei mercati; rispetto ad altre istanze si rende invece necessaria la decisione politica di imposizione di obblighi di servizio pubblico, solitamente posti a carico degli operatori detentori delle maggiori quote di mercato (è quanto accade, per riprendere l'esempio delle telecomunicazioni, nel segmento della telefonia fissa, in cui l'obbligo di copertura universale grava sul soggetto che assomma la maggiore quota di mercato: art. 53 d.lgs. 1.8.2003, n. 259): come accennato, si tratta di applicazioni del modello prefigurato a livello comunitario mediante la definizione dell'innovativa figura del servizio universale.

Più complesso e carico di contraddizioni il quadro a livello comunale ove, a partire dalle esperienze del socialismo municipale e del solidarismo cattolico che hanno rappresentato il retroterra culturale e politico su cui si è innestata la legge Giolitti del 1903, si è registrata una lunga stagione di municipalizzazioni (Piras A., 1967, 367). Pur a fronte delle sollecitazioni comunitarie, lo scorporamento verso un modello concorrenziale nei servizi pubblici locali a rilevanza economica¹⁵ si è tuttavia rivelato decisamente problematico, in ragione di una diffusa resistenza dei comuni a dismettere il ruolo di gestore (di prossimità) e delle obiettive difficoltà che ha posto il tema delle reti (fisiche: tubi, cavi, ferrovie metropolitane ecc.; organizzative: articolazione delle fermate del trasporto pubblico su gomma), sovente non suscettibili di condivisione tra più operatori e pertinentemente qualificabili come monopoli naturali. Questo dato oggettivo ha imposto di guardare non al modello della concorrenza *nel* mercato bensì allo schema della concorrenza *per* il mercato (gli elementi fondamentali di questo modello economico sono stati enunciati per la prima volta nello scritto di Chadwick, 1987: 185 e messi definitivamente a fuoco da Demsetz H., 1968, ove si distingue tra *competition for the field* e *competition within the field*, delineando un modello concorrenziale in cui la concessione per l'erogazione del servizio è affidata ciclicamente all'operatore che ha offerto condizioni più vantaggiose; sul punto si veda anche Williamson, 1992: 485): in questo schema il confronto concorrenziale (emulativo del mercato) si innesca a valle della pubblicazione di un bando di gara da parte del soggetto pubblico per l'assegnazione della concessione di gestione del servizio pubblico, per un periodo limitato (sistema ad aste ripetute). I richiami legislativi, non sempre univoci e incapaci di profilare una strategia complessiva, non hanno tuttavia sortito l'effetto di traghettare

il complesso universo dei servizi pubblici locali (ormai un sottosectore con logiche e dinamiche proprie, in cui coesistono esperienze virtuose, sacche di inefficienza e casi non episodici di gestioni clientelari) in direzione di un assetto imperniato su assegnazioni competitive¹⁶. A generare nel dibattito pubblico condizioni non favorevoli alle procedure concorsuali ha concorso anche il plateale insuccesso di alcune gare, dovuto principalmente all'incapacità delle amministrazioni aggiudicatrici di svolgere correttamente la funzione di regolazione contrattuale, da concentrare necessariamente nella fase di stesura del bando e di indizione della gara, e di gestire nella fase successiva contratti cd. incompleti. A ciò va aggiunta la carenza, almeno in una prima fase, di una adeguata attività regolatoria da parte delle autorità nazionali: meritano un cenno in tal senso il ritardo nella istituzione di un regolatore nel settore del trasporto pubblico locale e le incertezze nella definitiva e stabile identificazione del regolatore adeguatamente specializzato nel settore idrico. Si è così diffusa una aprioristica sfiducia nei confronti del modello concorrenziale e si è radicata l'opinione che la messa in gara determinerebbe inevitabilmente pesanti innalzamenti delle tariffe (sino ad oggi tenute politicamente basse in quasi tutte le realtà, ben al di sotto dei parametri che dovrebbero consentire almeno il doveroso recupero dei costi e il pareggio dei bilanci¹⁷). Si deve quindi registrare che, anche sulla spinta del referendum abrogativo (giugno 2011) delle regole che definivano una gerarchia tra i diversi modelli gestionali, indicando quale modulo preferenziale la messa a gara, nel panorama effettuale il modello nettamente più diffuso risulta ancora quello *in house* (v. D.U. Galetta, G. Carullo, *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in questo volume), pur a fronte dei molti vincoli contabilistici e contrattuali che una minuta produzione legislativa ha progressivamente imposto a tali società interamente pubbliche. Nel periodo più recente, si è anche cercato di operare in direzione di una ribacinizzazione a scala sovra-locale di servizi ancora oggi articolati, per il condizionamento della tradizione e per i vincoli strutturali della geometria infrastrutturativa (schemi idrici, sottoservizi, poli e reti locali ecc.), alla scala comunale, ossia ad un livello territoriale quasi mai idoneo a consentire i necessari processi di razionalizzazione industriale imprescindibili in vista di un reale efficientamento (unica condizione atta a consentire anche maggior socialità). Anche questa operazione, resasi particolarmente urgente soprattutto nei settori idrico (il servizio idrico integrato, oggetto di una convergenza verticale tra i segmenti della filiera tradizionalmente separati della adduzione, distribuzione e depurazione) e del trasporto pubblico locale, incontra tuttavia forti difficoltà e resistenze (le stesse regioni a cui era stato demandato il compito di ridisegno dei bacini ottimali per via legislativa non sempre sono intervenute con puntualità), con il risultato che in questi settori si

registra una situazione di blocco che impedisce anche i consistenti investimenti necessari per una autentica modernizzazione volta a rispondere non solo alle esigenze utenziali ma anche alle più generali istanze di ordine ambientale legate, per stare ai due settori appena richiamati, alla depurazione ed all'abbattimento delle esternalità generate dal congestionamento da traffico privato delle città.

8. Il presente del servizio pubblico: la riemersione di istanze legate ai bisogni primi e la suggestione di un nuovo universalismo 'di cittadinanza'

La crisi economica globale apertasi nel 2008 che ha coinvolto, con drammatici risvolti occupazionali, anche il nostro paese, ha riproposto il tema dei limiti che evidenzia il nostro sistema assistenziale di antica derivazione lavoristica. Si è ormai dovuto prendere atto che il traguardo della piena occupazione, su cui poggiava il binomio welfare-lavoro, può ormai essere considerato irraggiungibile anche in ragione dell'accentuato carattere di flessibilità dei percorsi individuali imposto dal modello produttivo post-fordista: di conseguenza, si fanno più evidenti le inadeguatezze di un sistema di ammortizzatori sociali ancora concepiti in ampia parte per gli inabili al lavoro o per soggetti che abbiano temporaneamente perduto il lavoro, a cui corrispondono misure dalle quali restano sistematicamente escluse ampie coorti di individui destinati a scivolare nell'universo eteroclitico delle nuove povertà (Mattarella, 2012: 359). Si è inoltre resa evidente la difficoltà di profilare, in una stagione di severe ristrettezze finanziarie, ambiziosi progetti di riconfigurazione di un aggiornato sistema di *flexicurity*. Nel contempo, si è reso evidente che per una platea sempre più ampia di soggetti receduti in condizione di debolezza economica il paniere dei servizi pubblici non è più sufficiente: le tradizionali forme di intervento, basate – come si è detto – su un mix tra interventi *ex ante* (scuole, trasporti, acqua ecc.) e interventi *ex post* (assistenza, sanità ecc.) non riesce a soddisfare bisogni primissimi come la provvista di cibo, la vestizione, il riscaldamento domestico ecc. Di fronte al fenomeno impressionante della povertà alimentare (sino ad ora fronteggiato prioritariamente dal terzo settore) la stimolante metafora gianniniana secondo cui il servizio pubblico non si occupa dei pasti e degli abiti (Giannini, 1986: 72, su cui Corso, 2000: 1073) ha dovuto essere rimessa in discussione e, con grande ritardo e inaccettabili incertezze, in alcune città è stata avviata in via sperimentale (ma la povertà non attende) la diffusione della social card, mediante la quale si attribuisce (senza alcun paternalismo nell'orientamento delle scelte e preferenze dei beneficiari) al soggetto in difficoltà una capacità di spesa autonomamente operabile (Pinelli, 2009: 1177). Più dell'ambizioso traguardo della piena inclusione sociale, tali misure paiono finalizzate ad offrire una risposta immediata e minimale a protezione dello *ius existantiae* dei beneficiari¹⁸. L'ancoraggio di questa

linea di intervento può quindi essere rinvenuto direttamente nell'art. 2 Cost., che mette la persona umana al centro del progetto costituzionale. In parallelo, su un piano meno contingente, ma in termini non meno urgenti, comincia a farsi strada anche l'idea dell'indifferibilità di una misura di natura para-assistenziale realmente universalistica come il reddito minimo di cittadinanza, ancorata al solo status di cittadino e svincolata da ogni *means test*. Le diverse varianti di questa figura, già ampiamente applicata in diversi paesi europei, costituiscono oggetto di un serrato dibattito, in cui si confrontano tensioni in direzione di una dilatazione della misura (con problemi di sostenibilità finanziaria inevitabilmente destinati a riproporsi) ovvero tendenze verso una concezione fortemente condizionale-incentivale (la misura dovrebbe essere concessa solo a chi assume impegni formativi vincolanti prodromici ad un possibile reimpiego). Uno strumento di questa matrice assumerebbe una decisiva rilevanza 'assicurativa' in un frangente connotato da sempre più diffusa percezione da parte di interi segmenti della società italiana di un rischio di sgretolamento della rispettiva condizione socio-economica. Si tratterebbe quindi della prima misura non più di assistenza bensì, più maturamente, di sicurezza sociale. All'orizzonte si profila quindi uno scenario in cui i servizi pubblici sono garantiti mediante il concorso di prestazioni e trasferimenti (strumento quest'ultimo un tempo caratteristico dell'attiguo settore della previdenza). Occorre anche ritrovare un più stretto coordinamento tra il settore dei servizi sociali e quello dei servizi a rilevanza economica: per fare un solo esempio delle contraddizioni e dei ritardi accumulati, basta infatti sottolineare come le persone più indifese di fronte alla perdita di reddito e di capacità di acquisto non siano ancora in condizione di beneficiare di tariffe fortemente differenziate in chiave sociale nella fruizione dei servizi a rete, con la conseguenza paradossale che molti degli aiuti economici distribuiti, specie dai comuni, servono a scongiurare distacchi delle utenze domestiche, mentre l'affermazione della fundamentalità di diritti come quello all'acqua o alla mobilità resta consegnata ad una dimensione meramente ottativa.

Nella discussione sul servizio pubblico torna quindi a riproporsi la tensione irrisolta tra esigenze di allargamento della platea dei beneficiari (merita solo un cenno in tale direzione la recente giurisprudenza della Corte costituzionale che impone l'assicurazione di prestazioni atte a soddisfare diritti fondamentali anche agli stranieri presenti sul territorio¹⁹) e limiti di sostenibilità economica (che la stagione della crisi ha reso ancor più evidenti). Il *welfare* della crisi, che ancora non c'è, sembra quindi ancora di fronte agli ostacoli che nella lunga stagione novecentesca non erano stati affrontati, con la conseguenza che torna ad allargarsi la distanza tra aspirazione all'universalismo e ruvidezza del confronto con i limiti finanziari. Questo stato di cose postula dunque per l'amministrazione l'assunzione, nella pratica quotidiana, di scelte allocative che in un quadro

generale resosi inusitatamente severo si fanno sempre più «tragiche» (Calabresi, Bobbit, 1986: 187), in quanto pesantemente incidenti sulla vita delle persone meno abbienti e più fragili. Achille non ha ancora raggiunto la tartaruga: la lunga parabola che abbiamo descritto non ha ancora condotto al raggiungimento del traguardo di una piena coesione sociale e si impone anzi l'esigenza di riflettere in chiave attualizzante sulle funzioni e gli strumenti del servizio pubblico. Il servizio pubblico rappresenta sicuramente uno dei più forti elementi di unificazione e una delle grandi eredità del secolo scorso, un lascito che tuttavia il diritto amministrativo non deve cessare di rinnovare per continuare a garantire sufficienti livelli di equità entro un panorama sociale percorso da nuove diseguaglianze, sempre più difficili da colmare (Stiglitz, 2013).

Note

- ¹ Tribunal des conflits, 8.2.1873.
- ² Si pensi alla questione della sostanziale irresponsabilità del gestore del servizio postale, oggetto di ripensamento solo in seguito di C. cost., 17.02.1992, n. 17.
- ³ Cass., S.U., 30.03.2000, n. 71.
- ⁴ Il servizio universale è definibile, a livello comunitario, come «un insieme minimo definito di servizi di determinata qualità disponibile a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e, tenuto conto delle condizioni specifiche nazionali, ad un prezzo abbordabile» (art. 2, Dir. 97/33/CE).
- ⁵ E non finalizzati alla salvaguardia degli interessi degli attori del mercato come nella disciplina antitrust, bensì direttamente funzionali a garantire il risultato distributivo idoneo a soddisfare i bisogni degli utenti.
- ⁶ La verifica della capacità reddituale dei soggetti che richiedono prestazioni di tipo sociale viene effettuata a mezzo del c.d. ISEE (indicatore della situazione economica equivalente): sul punto si veda la recente sentenza con cui i giudici amministrativi hanno annullato il provvedimento ministeriale di revisione delle modalità di funzionamento di tale indicatore: TAR Lazio, Roma, 11.2.2015, n. 2458.
- ⁷ C. cost., 16.10.1990, n. 445, ha stabilito: «Il c.d. diritto a trattamenti sanitari, al pari di ogni diritto costituzionalmente riconosciuto a prestazioni positive, essendo basato su norme costituzionali di carattere programmatico impositive di un determinato fine da raggiungere, è garantito a ogni persona come un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti, tenuto conto dei limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento».
- ⁸ C. cost., 16.7.1999, n. 309.
- ⁹ Si veda sul punto, in tema di fornitura di libri scolastici, C. cost., 1.2.1967, n. 7.
- ¹⁰ Sempre in tema di gratuità della fornitura dei libri scolastici, si veda C. cost., 30.12.1994, n. 454.
- ¹¹ C. cost., 8.6.1987, n. 215.
- ¹² C. cost., 26.10.2010, n. 80.
- ¹³ Sull'interpretazione costituzionale del perimetro della materia 'beneficienza pubblica' trasferita alle regioni, si veda C. cost., 6.7.1972, n. 139.
- ¹⁴ La Corte costituzionale ha più volte rimarcato la natura del servizio a rilevanza economica del servizio idrico integrato a fronte di iniziative regionali tese ad affermarne la natura di attività sociale (di recente, C. cost., 28.3.2013, n. 50).
- ¹⁵ La Consulta ha contribuito a rimarcare il confine concettuale e gestionale tra i servizi pubblici locali a rilevanza economica e i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica: C. cost., 27.7.2004, n. 272.
- ¹⁶ La Corte costituzionale in una prima fase ha rafforzato il dispositivo pro-concorrenziale con delle nette prese di posizione circa il primato della soluzione di assegnazione del servizio tramite gara (C. cost., 17.11.2010, n. 325), salvo precisare – in occasione dell'esame del quesito referendario che ha innescato la tornata referendaria del giugno 2011 e della successiva valutazione dell'iniziativa di riempimento legislativo del vuoto lasciato dall'abrogazione referendaria (C. cost., 20.7.2012, n. 192) – che dai principi del diritto comunitario non si deduce un precetto nel senso della necessità della gara, residuando uno spazio anche per una decisione di non esternalizzazione sostanziale che apre le porte alle gestioni *in house*. La Corte è stata poi intransigente nel riaffermare la competenza legislativa esclusiva dello Stato, con conseguente limitazione della potestà normativa regionale, nel dettare le regole sulla cornice organizzativa del servizio (spesso espresse dalle leggi statali con regole di dettaglio), con

richiamo della competenza statale in materia di concorrenza: da ultimo C. cost., 12.3.2015, n. 32, in tema di fissazione della soglia demografica dei comuni montani escludibili dalla gestione unica d'ambito del servizio idrico integrato).

¹⁷ Secondo il principio di derivazione comunitaria *full recovery cost*.

¹⁸ C. cost., 15.01.2010, n. 10, in cui, oltre a delineare la natura della misura in questione, è stata ribadita la competenza statale esclusiva, fondata sulla clausola costituzionale che riserva allo Stato la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio».

¹⁹ *Ex multis*, Corte cost., 16 dicembre 2011, n. 329.

Riferimenti bibliografici

- Alessi R. 1956, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Giuffrè, Milano.
- Allegretti U. 1996, *Amministrazione pubblica e Costituzione*, Cedam, Padova.
- Arneson R.J. 2001, *Eguaglianza ed eguali opportunità di benessere*, in I. Carter (a cura di), *L'idea di eguaglianza*, Feltrinelli, Milano: 77 sgg.
- Arnsperger C., Van Parijs P. 2003, *Quanta diseguaglianza possiamo accettare?*, il Mulino, Bologna.
- Baldassarre A. 1996, *I diritti fondamentali nello Stato costituzionale*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, I, Giuffrè, Milano: 63 sgg.
- Barettoni Arleri A. 1966, *Obbligazioni e obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Giuffrè, Milano.
- Barile P. 1984, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, il Mulino, Bologna.
- Beck U. 2000, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma.
- Belletti M. 2012, *Percorsi di ricentralizzazione del regionalismo italiano nella giurisprudenza costituzionale. Tra tutela di valori fondamentali, esigenze strategiche e di coordinamento della finanza pubblica*, Aracne, Roma.
- Berlin I. 1989, *Due concetti di libertà*, Feltrinelli, Milano.
- Bertonazzi L., Villata R. 2007, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, dir. M. P. Chiti, G. Greco (II ed.), t. IV, Giuffrè, Milano: 1791 sgg.
- Beveridge W. 1948, *Relazione sull'impiego integrale del lavoro in una società libera*, Einaudi, Torino.
- Bobbio N. 1995, *Eguaglianza e libertà*, Einaudi, Torino.
- Boscolo E. 2014, *Istruzione e inclusione: un percorso giurisprudenziale attorno all'effettività dei diritti prestazionali*, in *Munus*: 165 sgg.
- Boscolo E., Cafagno M. 2006, *Lo Stato 'dispensatore' (la Corte costituzionale ed i servizi pubblici: cinquant'anni di giurisprudenza)*, in G. della Cananea, M. Dugato (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte costituzionale*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 85 sgg.
- Bruti Liberati E. 2006, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete. Il caso dell'energia elettrica e del gas naturale*, Giuffrè, Milano.
- Calabresi G., Bobbit P. 1986, *Leguaglianza in Italia*, in *Scelte tragiche*, Giuffrè, Milano: 187 sgg.
- Caia G. 2005, *I servizi pubblici*, in L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F.A. Roversi Monaco, F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, Bologna, II: 146 sgg.
- Caravita B. 1984, *Oltre l'eguaglianza formale*, Cedam, Padova.
- Caroli Casavola H. 2004, *Giustizia ed eguaglianza nella distribuzione dei benefici pubblici*, Giuffrè, Milano.
- Cartabia M. 1995, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano.
- Cartei G.F. 2002, *Il servizio universale*, Giuffrè, Milano.

- Cassese S. 2000, *Teoria e pratica dell'uguaglianza*, in *Giorn. dir. amm.*: 1156 sgg.
 — 2013, *La nuova costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari.
- Castel R. 2004, *L'insicurezza sociale. Che significa essere protetti?*, Einaudi, Torino.
- Cavallo Perin R. 2001, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Jovene, Napoli, II: 961 sgg.
- Cerri A. 2005, *L'eguaglianza*, Laterza, Roma-Bari.
- Chadwick E. 1987, *Esiti di diversi principi legislativi ed amministrativi in Europa; della concorrenza per il settore, in confronto alla concorrenza all'interno del settore, nel campo dei servizi*, in D. Cossutta, M. Grillo (a cura di), *Concorrenza, monopolio, regolamentazione*, il Mulino, Bologna: 185 sgg.
- Clarich M. 1998, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*: 197 sgg.
- Coase R. 1995, *Il faro nell'economia di mercato*, in *Impresa, mercato e diritto*, il Mulino, Bologna.
- Concilla F. A. 2009, *Servizi del welfare e diritti sociali nella prospettiva dell'integrazione europea*, Giuffrè, Milano.
- Corso G. 1981, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 781 sgg.
 — 1990, *Lo Stato come dispensatore di beni: criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Scritti in onore di Giovanni Tarello*, Giuffrè, Milano, II: 177 sgg.
 — 1992, *Servizi pubblici e Costituzione*, in G.C. De mArtin, G. Marongiu (a cura di), *Democrazia e amministrazione. In ricordo di V. Bachelet*, Giuffrè, Milano: 223 sgg.
- Corso G. 2000, *Le prestazioni pubbliche in Giannini*, in *Vita e opere di Massimo Severo Giannini*, *Riv. trim. dir. pubbl.*: 1073
- Costa P. 1997, *Alle origini dei diritti sociali. "Arbaitender Staat" e tradizione solidaristica*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione. I fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee*, il Mulino, Bologna: 277 sgg.
- De Boni C. 2009, *Lo stato sociale nel pensiero politico contemporaneo. Il Novecento*, Firenze University Press, Firenze.
- De Lucia L. 2002, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino.
- De Siervo U. 1987, *Assistenza e beneficenza pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, I: 445 sgg.
- De Valles A. 1930, *I servizi pubblici*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, VI, parte I, Società editrice libraria, Milano: 377 sgg.
- Demsetz H. 1968, *Why regulate public utility*, in *Journal of Law and Economics*: 55 sgg.
- Di Gaspare G. 2010, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, Padova.
- Di Porto F. 2008, *La disciplina delle reti nel diritto dell'economia*, Cedam, Padova.
- Durante D., Moglia C.G., Nicita A. 2001, *La nozione di Essential Facility tra regolamentazione e antitrust. La costruzione di un test*, in *Merc. conc. reg.*: 257 sgg.

- Dworkin R. 2002, *Virtù sovrana. Teoria dell'uguaglianza*, Feltrinelli, Milano.
- Einaudi L. 1949, *Lezioni di politica sociale, p.te III, Concetto e limiti della uguaglianza nei punti di partenza*, Einaudi, Torino.
- Ferrara M. 2006, *Le politiche sociali*, il Mulino, Bologna.
- Ferrajoli L. 2013, *La democrazia attraverso i diritti*, Laterza, Roma-Bari.
- Ferrari E. 1986, *I servizi sociali*, Giuffrè, Milano.
- Figorilli F. 2014, *I servizi pubblici*, in F.G. Scoca (a cura di) *Diritto amministrativo* (II ed.), Giappichelli, Torino: 634 sgg.
- Forsthoff E. 1938, *Die Verwaltung als Leistungsträger*, Kohlhammer, Stuttgart-Berlin.
- Franzini M. 2013, *Diseguaglianze inaccettabili. L'immobilità economica in Italia*, Laterza, Roma-Bari.
- Frego Luppi S.A. 2005, *Servizi sociali e diritti della persona*, Giuffrè, Milano.
- Galetta D.U. 2013, *La tutela dei diritti fondamentali (in generale, e dei diritti sociali in particolare) nel diritto UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*: 1175 sgg.
- Galgano F. 1982, *Commento all'art. 43*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, Zanichelli, Bologna-Roma: 193 sgg.
- Giannini M.S. 1986, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Il Mulino, Bologna
- 2005, *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Il Politico*, 1977: 205 e in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano, 1977: 139 e ora in Id., *Scritti giuridici*, VII, 1977-1983, Giuffrè, Milano: 89 sgg.
- Giorgis G. 1999, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza materiale*, Jovene, Napoli.
- Girotti F. 2004, *Welfare State. Storia, modelli e critica*, Carocci, Roma.
- Guarino G. 1970, *Pubblico ufficiale ed incaricato di pubblico servizio*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, Giuffrè, Milano, II, 1969 ed in Id., *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, Milano: 232 sgg.
- Holmes S., Sunstein C.R. 2000, *Il costo dei diritti*, il Mulino, Bologna.
- Libertini M. 2014, *La tutela della concorrenza nella Costituzione. Una rassegna critica della giurisprudenza costituzionale italiana dell'ultimo decennio*, in *Merc. conc. reg.*: 503 sgg.
- Lisky A.B., Sidak J.K. 1999, *Essential Facilities*, in *Stanford Law Review*: 1187 sgg.
- Luciani M. 2000, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*: 367 sgg.
- Manes V. 2002, *Servizi pubblici e diritto penale. L'impatto delle liberalizzazioni sullo statuto penale della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino.
- Marshall T. H. 1950, *Citizenship and Social Class*, Pluto Press, Londra (ed. it. *Cittadinanza e classe sociale*, Laterza, Roma-Bari 2002).
- Massera A. 2008, *Eguaglianza, giustizia e Welfare State*, in S. Battini et al., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Giuffrè, Milano: 137 sgg.
- Mattarella B.G. 2012, *Il problema della povertà nel diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 359 sgg.

- Merusi F. 1990, *I servizi pubblici instabili*, il Mulino, Bologna.
- 2010, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*: 141 sgg.
- Midiri F. 2014, *Promozione della concorrenza e sindacato giurisdizionale: le vicende dei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 133 sgg.
- Miele G. 1987, *Pubblica funzione e servizio pubblico* (ed. orig. 1933, in *Arch. giur.*), in Id., *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, I: 186 sgg.
- Mozzati A. 2010, *Contributo allo studio del contratto di servizio. La contrattualizzazione dei rapporti tra le amministrazioni e i gestori di servizi pubblici*, Giappichelli, Torino.
- Musgrave R.A. 1995, *Beni meritori*, in Id., *Finanza pubblica, equità, democrazia*, il Mulino, Bologna: 127 sgg.
- Napolitano G. 2001, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, Padova.
- 2004, *Contro la retorica dell'utente*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone (a cura di), *Persona ed amministrazione. Privato, cittadino e utente e pubbliche amministrazioni*, Giappichelli, Torino: 53 sgg.
- 2005, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, il Mulino, Bologna.
- 2006, *Servizi pubblici*, in *Diz. dir. amm.*, dir. da S. Cassese, Giuffrè, Milano: 5517 sgg.
- 2014, *La logica del diritto amministrativo*, il Mulino, Bologna.
- Nassbaum M.C. 2008, *Giustizia e aiuto materiale*, il Mulino, Bologna.
- 2012, *Creare capacità*, il Mulino, Bologna.
- Orlando V.E. 1892, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze.
- Pastori G. 1993, *Diritti e servizi oltre la crisi dello Stato sociale*, in *Scritti in onore di Vittorio Ottaviano*, II, Giuffrè, Milano: 1081 sgg.
- Perfetti L.R. 2001, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cedam, Padova.
- Pericu A. 2001, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Giuffrè, Milano.
- Pezzini B. 2001, *La decisione sui diritti sociali*, Giuffrè, Milano.
- Pinelli C. 2009, «*Social card*», o del ritorno alla carità di Stato, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Edizioni scientifiche italiane, Napoli: 1177 sgg.
- Piperata G. 2005, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano.
- Piras A. 1967, *La municipalizzazione*, in M.S. Giannini (a cura di), *I Comuni*, Neri Pozza, Vicenza: 367 sgg.
- Police A. 2007, *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, in *Dir. amm.*: 79 sgg.
- Polo M., Denozza F. 2001, *Le reti*, in E. Bruti Liberati, M. Fortis (a cura di), *Le imprese multiutility*, il Mulino, Bologna: 41 sgg.
- Pototschnig U. 1964, *I pubblici servizi*, Cedam, Padova.
- 1973, *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Giuffrè, Milano: 96 sgg.
- Raggi L. 1909, *Servizio pubblico e demanialità*, in *Il Filangeri*: 13 sgg.
- Ranci P. 1998, *Concorrenza e servizi pubblici nella Costituzione*, in G. della Cananea, G. Napolitano (a cura di), *Per una nuova Costituzione economica*, il Mulino, Bologna: 33 sgg.

- Rangone N. 1999, *I servizi pubblici*, il Mulino, Bologna.
- Rawls J. 1991, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano.
- Regonini C. 2004, *Stato del benessere*, in N. Bobbio, G. Matteucci, G. Pasquino, *Il dizionario di politica* (II ed.), Utet, Torino: 1137 sgg.
- Romagnoli U. 1975, *Commento all'art. 3, II comma*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione, Principi fondamentali, art. 1-12*, Zanichelli, Bologna-Roma, 162 sgg.
- Romani F. 2000, *Pensiero economico, pensiero giuridico e concorrenza*, in N. Lipari, I. Musu (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Laterza, Roma-Bari: 145 sgg.
- Romano S. 1906, *Principi di diritto amministrativo* (II ed.), Società editrice libraria, Milano.
- Röpre W. 2004, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana*, il Mulino, Bologna.
- Salazar C. 2000, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Giappichelli, Torino.
- Samuelson P. 1954, *The Pure Theory of Public Expenditure*, in *The Review of Economics and Statistics*: 387 sgg.
- Scotti E. 2003, *Il servizio pubblico. Tra tradizione nazionale e prospettive comunitarie*, Cedam, Padova.
- Sen A. 1994, *La disuguaglianza. Un riesame critico*, il Mulino, Bologna.
- 2000, *Lo sviluppo è libertà*, Feltrinelli, Milano.
- Somainsi E. 2002, *Uguaglianza. Teorie, politiche, problemi*, Donzelli, Roma.
- Sorace D. 1999, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*
- 2014, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, il Mulino, Bologna: 371 sgg.
- Stiglitz J. E. 2013, *Il prezzo della disuguaglianza. Come la società divisa di oggi minaccia il nostro futuro*, Einaudi, Torino.
- Titmuss R.M. 1985, *Saggi sul Welfare State*, Edizioni Lavoro, Roma.
- Torricelli S. 2007, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi 'a rete'*, Giuffrè, Milano.
- Trimarchi Banfi F. 2008, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*: 1063 sgg.
- Tripodina C. 2013, *Il diritto a un'esistenza libera e dignitosa. Sui fondamenti costituzionali del reddito di cittadinanza*, Giappichelli, Torino.
- Williamson O.E. 1992, *La gara per la concessione di sfruttamento di un monopolio naturale*, in Id., *Le istituzioni economiche del capitalismo. Imprese, mercati, rapporti contrattuali*, FrancoAngeli, Milano: 485 sgg.
- Vetrò F. 2005, *Il servizio pubblico a rete – L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Giappichelli, Torino.
- Villata R. 2008, *Pubblici servizi. Problemi e discussioni*, Giuffrè, Milano.

GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E *IN HOUSE PROVIDING*: NOVITÀ, AUSPICI E SCENARI FUTURI IN UNA PROSPETTIVA DI DE-FRAMMENTAZIONE DEL SISTEMA

Diana-Urania Galetta, Gherardo Carullo

SOMMARIO – 1. Nota introduttiva. 2. Il quadro di riferimento nel diritto europeo primario (e gli equivoci da sfatare). 3. *L'in house providing* fra passato e futuro. 3.1 La creazione dello strumento dell'*in house providing* e le problematiche connesse. 3.2 Il requisito del c.d. 'controllo analogo'. 3.3 L'affidamento diretto a società interamente in mano pubblica, ma di proprietà di diversi enti locali. 3.4 La questione della compartecipazione di soggetti privati nel capitale della società. 3.5 (segue) Il cambio di paradigma nelle nuove direttive in materia di appalti e concessioni e la relativa *ratio*. 3.6 (segue) Il futuro della partecipazione dei privati nelle società a partecipazione di una sola amministrazione. 3.7 (segue) L'ipotesi di compartecipazione di più amministrazioni. 4. I tratti distintivi tra *in house* 'misto' pubblico-privati e società miste 'tradizionali'. 5. I servizi pubblici e lo strumento dell'*in house*: conclusioni.

1. Nota introduttiva

Nella prospettiva generale assunta dal gruppo di lavoro dedicato al tema dell'intervento pubblico nell'economia – e nel contesto di un'opera collettanea sul centocinquantesimo dedicata, essenzialmente, ad una rilettura in chiave europea delle nostre leggi di unificazione amministrativa del 1865 – l'ambito dei servizi pubblici di rilievo economico è un settore che riveste particolare importanza, poiché è stato oggetto di massicci interventi ad opera e del legislatore, e della giurisprudenza dell'Unione europea.

Il tema generale dei servizi pubblici è peraltro oggetto di specifico approfondimento altrove, in questo volume (v. E. Boscolo, *L'unificazione attraverso la garanzia delle prestazioni di servizio pubblico*, in questo volume). Sicché, nel contributo che segue, si daranno per scontate le relative problematiche¹ per concentrare, invece, l'attenzione sull'esame di un aspetto particolare: quello inerente ai principi che, ad oggi, regolano i rapporti tra pubblico e privati (Manganaro, 2014) nel contesto delle partecipazioni societarie per la gestione dei servizi pubblici locali mediante c.d. *in house providing*, alla ricerca degli elementi di unificazione e/o frammentazione del quadro ordinamentale che, ad oggi, ne scaturiscono.

Come è ben noto, quello delle modalità di gestione dei servizi di interesse economico generale è un aspetto sul quale hanno giocato un ruolo determinante i giudici, tanto a livello europeo quanto a livello nazionale: da un lato, la Corte di Giustizia ha definito in maniera vieppiù stringente l'ambito di azione

degli Stati membri; dall'altro i giudici nazionali, nell'applicare ed interpretare nel caso concreto i principi via via enucleati a livello europeo, hanno offerto un interessante banco di prova rispetto ad un sistema nazionale non sempre coerente con l'obiettivo di massima apertura del mercato interno più volte ribadito dalla Corte di Giustizia (Galetta, 2007)².

Mentre non vi è spazio, in questa sede, per dedicarsi all'analisi del quadro normativo e giurisprudenziale nazionale (per il quale è tuttavia possibile rinviare ai numerosissimi contributi di dottrina pubblicati, anche di recente, in materia), nei paragrafi che seguono verrà delineato il processo evolutivo dell'*in house providing* nel diritto dell'Unione europea per individuarne, in quel contesto, i punti fermi a fronte della caotica indeterminatezza e instabilità che caratterizza il quadro normativo e giurisprudenziale nazionale.

La questione riveste peraltro, oggi, particolare attualità in vista del necessario recepimento delle nuove Direttive in materia di procedure ad evidenza pubblica, il cui termine di trasposizione è stato fissato nel 18 aprile 2016³. Le nuove Direttive hanno infatti tradotto in norme scritte, seppur con alcune innovazioni, gli orientamenti sin qui espressi dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza in materia di *in house providing*: della quale si darà perciò adeguatamente conto, anche allo scopo di correttamente inquadrare le nuove norme europee nel contesto generale preesistente.

2. Il quadro di riferimento nel diritto europeo primario (e gli equivoci da sfatare)

L'*in house providing* – è bene dirlo subito – non è, né può essere inteso come un modello organizzativo coniato dal diritto UE con riferimento alle modalità di erogazione dei servizi pubblici (locali). Si tratta, molto più banalmente, di uno strumento che consente l'eccezione alle procedure ad evidenza pubblica normalmente richieste dal diritto UE per l'affidamento di commesse pubbliche. Esso nasce, infatti, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE con la precipua finalità di 'salvare' modelli organizzativi nazionali che presentano indubbi aspetti di criticità ed in ossequio al principio di c.d. autonomia organizzativa degli Stati membri.

Ciò premesso, prima di esaminare i principi enucleati dalla giurisprudenza europea in materia di affidamenti *in house*, e le relative norme che hanno recepito tali indirizzi nelle citate nuove Direttive è opportuno, perciò, un cenno preliminare alle disposizioni dei Trattati che hanno costituito la base giuridica per l'intervento europeo in materia di procedure per la selezione dei contraenti delle amministrazioni nazionali. Normativa dall'applicazione della quale – *recte*, dalla non applicazione della quale – è stata ricavata, appunto, l'eccezione comunemente nota come *in house providing*.

A questo proposito, occorre preliminarmente chiarire un punto onde eliminare un possibile equivoco. Occorre cioè specificare che la base giuridica che ha legittimato l'adozione delle norme europee in materia di procedure ad evidenza pubblica non sono – come comunemente si ritiene – le norme del Trattato concernenti le c.d. *regole di concorrenza* di cui agli artt. 101 sgg. T.F.U.E. (che peraltro disciplinano il comportamento degli operatori economici sul mercato), bensì le norme sulle c.d. libertà fondamentali. Nella parte che precede i considerando di tutte e tre le nuove direttive adottate in materia – e che contiene, appunto, l'indicazione delle norme che rappresentano la base giuridica per l'adozione delle stesse – sono infatti espressamente menzionati, come base giuridica dell'intervento, l'art. 53 par. 1 e l'art. 62 del T.F.U.E.: due norme inserite nel capo IV sulla libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali, nonché l'articolo 114 T.F.U.E. relativo «al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno». Non è perciò un caso se, ad esempio, la Direttiva 2014/24/UE recita, al suo primo considerando, che «l'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza».

Che il fine perseguito dalle c.d. Direttive appalti fosse (e sia) l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno, e quindi la libera circolazione degli operatori all'interno di questo, è del resto da tempo acclarato. Le originarie Direttive in materia, la Direttiva 71/305/CEE e la Direttiva 77/62/CEE, facevano espresso riferimento alle libertà fondamentali previste dal Trattato⁴ e la Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992, sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, recitava al suo primo considerando «che il Consiglio europeo ha constatato l'esigenza di completare la realizzazione del mercato interno».

Anche la Corte di Giustizia ha più volte chiarito, *ad abundantiam*, che «l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici è la libera circolazione delle merci e dei servizi»⁵.

Dunque, il problema di fondo che pone, in ottica europea, l'affidamento diretto di commesse pubbliche è non già il *vulnus* alla concorrenza in sé e per sé, quanto piuttosto la restrizione che questo affidamento diretto comporta alla libera circolazione, in violazione anche del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità che si connota qui, in modo affatto peculiare, e cioè come principio di parità di trattamento degli offerenti (Cusumano, Gattuccio, 2006: 299 sgg.).

Nell'intenzione della Corte di Giustizia, esso ha infatti lo scopo di consentire che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione dei termini delle loro offerte, a prescindere dalla loro nazionalità⁶.

Ma il problema richiamato si pone, ben inteso, solo laddove l'amministrazione decida di affidarsi al mercato. Perché laddove la stessa ritenga, invece, di preferire l'autoproduzione, il problema della tutela della libera circolazione degli operatori economici, in quanto produttori di beni e servizi, non si pone nemmeno, poiché non v'è alcuna commessa da aggiudicare a terzi.

Ne deriva dunque che, ogniqualvolta l'amministrazione decida di autoprodurre un servizio (o un bene), essa non è soggetta ad alcun onere di evidenza pubblica. Il che è di particolare rilievo in quanto, come affermato anche dalla nostra Corte costituzionale, «nella prospettiva europea [...] la pubblica amministrazione può decidere di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato»⁷.

Il che, dunque, chiama in gioco un'altra fondamentale norma dei Trattati: l'attuale art. 345 T.F.U.E.

La lettura di detta disposizione, che risulta inserita sin dall'origine tra le disposizioni generali e finali del Trattato di Roma (art. 222 dell'originario Trattato CEE), consente infatti di sfatare un altro falso mito: quello dell'imposizione, da parte del diritto UE, delle c.d. privatizzazioni. In verità la norma appena richiamata ha un chiaro significato, di segno affatto contrario: essa sancisce il principio della neutralità del diritto europeo nei confronti della proprietà delle imprese, che può essere, dunque, indifferentemente pubblica o privata. La norma è chiara espressione della volontà di non interferire con il regime di proprietà esistente negli Stati membri, né con la facoltà di questi di procedere ad eventuali nazionalizzazioni. Il diritto UE – diversamente da quanto è stato sovente affermato in dottrina – non si esprime, dunque, sulla scelta degli Stati nazionali fra ricorso al mercato ed autoproduzione per i servizi di interesse economico generale (Mengozzi, 2005: 169; Tesauo, 1996: § 1). Tuttavia le norme del Trattato – e in particolare quelle in materia di mercato interno e di concorrenza – si applicano indipendentemente dal regime di proprietà (pubblica o privata) di un'impresa. L'ordinamento comunitario, nel delineare il proprio regime dell'impresa è, cioè, del tutto indifferente alla veste formale pubblica e/o privata dell'operatore economico. Sicché l'ente pubblico o, per esso, la società in mano pubblica, quando agisce come imprenditore, dovrà necessariamente rispettare le norme a tutela della concorrenza e la disciplina antitrust, le norme sul divieto di aiuti di Stato e le norme poste a tutela delle libertà fondamentali (e, dunque, del mercato interno) che impongono la scelta dell'appaltatore mediante selezione concorsuale, impedendo l'affidamento diretto (Cintioli, 2014).

L'*in house providing* funge dunque – come già si è detto – quale strumento inteso a preservare la c.d. autonomia organizzativa degli Stati membri e presuppone la sussistenza di speciali condizioni (che saranno oggetto di analisi nel prossimo paragrafo) in presenza delle quali sono possibili affidamenti diretti senza gara, in deroga evidente alle norme di diritto UE poste a tutela del mercato interno. È bene tuttavia precisare sin d'ora che il fatto che si tratti di un'eccezione rispetto alle regole generali del diritto UE, oltre ad implicare che essa è soggetta ad un'interpretazione necessariamente restrittiva, implica anche che l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano l'affidamento diretto – cioè la presenza delle caratteristiche che consentono di identificare la società in questione come una sorta di *longa manus* della p.a. medesima – grava, evidentemente, sul soggetto che intenda avvalersene⁸.

3. L'*in house providing* fra passato e futuro

3.1 La creazione dello strumento dell'*in house providing* e le problematiche connesse

Come è ormai ben noto, è con la famosa giurisprudenza *Teckal* del 1999⁹ che vengono identificati gli elementi costitutivi di quello che è stato in seguito battezzato – con un'evocativa espressione, utilizzata in seguito dalla stessa Corte di giustizia¹⁰ – come *in house providing*.

Con riferimento ad una questione pregiudiziale posta dal TAR Emilia Romagna, la Corte di Giustizia aveva infatti precisato che, per l'ipotesi di un contratto stipulato fra un ente locale ed una persona giuridicamente distinta da quest'ultimo, si applicavano le procedure di gara previste dalla direttiva 93/63 per la scelta del contraente, indipendentemente dal fatto che tale persona giuridica fosse o meno, a sua volta, amministrazione aggiudicatrice. Salvo nell'ipotesi in cui si potesse applicare il concetto di *in house providing*: e, cioè, per il caso in cui «l'ente locale eserciti sulla persona di cui trattasi un controllo analogo a quello da esso esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti locali che la controllano».

La scarsa definizione dei due criteri di riferimento enunciati dalla Corte di Giustizia con questa fondamentale pronuncia ha tuttavia creato non pochi problemi in fase di adattamento alla stessa da parte degli ordinamenti nazionali. Problemi la cui soluzione è stata fornita in larga parte dalla successiva giurisprudenza della Corte UE in materia, ma rispetto ai quali decisivo si rivela ora – come vedremo – anche l'intervento del legislatore UE con le recenti Direttive in materia di procedure ad evidenza pubblica.

3.2 Il requisito del c.d. 'controllo analogo'

Per quel che concerne il requisito del c.d. 'controllo analogo' è solo con la sentenza *Parking Brixen* dell'ottobre 2005¹¹ che la Corte di Giustizia ha fornito le prime utili precisazioni sulla natura del potere che deve sussistere in capo al socio pubblico, al fine di poter considerare integrato il requisito in questione.

Il caso aveva ad oggetto l'affidamento diretto della gestione di parcheggi pubblici ad una *ex* municipalizzata (azienda speciale), divenuta società per azioni, al momento totalmente in mano pubblica. Sicché, in relazione ai due requisiti posti dalla giurisprudenza *Teckal* per la sussistenza dell'*in house providing*, la Corte ha in quell'occasione precisato che – oltre a dovere formare oggetto, in quanto eccezioni alle regole generali, di un'interpretazione necessariamente restrittiva¹² – quanto al requisito del 'controllo analogo' esso postula «una possibilità di influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti»¹³. Influenza determinante che non sussisteva nel caso di specie: poiché la società in questione, a seguito della trasformazione da azienda speciale in SpA, aveva acquisito «una vocazione commerciale che rende precario il controllo del comune». Conclusione che risultava corroborata da elementi quali l'ampliamento dell'oggetto sociale e dell'ambito territoriale di attività, oltre ai «considerevoli poteri conferiti al Consiglio di amministrazione, senza che in pratica venga esercitato alcun controllo gestionale da parte del Comune»¹⁴.

Con questa importante pronuncia, che a tutt'oggi rappresenta una pietra miliare nello sviluppo dell'*in house providing*, la Corte ne ha così ristretto l'ambito di operatività, individuando alcuni elementi che escludono la sussistenza di detta fattispecie. E da tale giurisprudenza si può individuare un tratto a tutt'oggi essenziale e caratterizzante il controllo analogo: il saldo controllo gestionale da parte del Comune, che non può essere messo in discussione nemmeno dai tradizionali poteri che sono normalmente riconosciuti in capo all'organo di governo della società.

La Corte di Giustizia ha infatti confermato tale conclusione, anche di recente, con la sentenza *Econord* del novembre 2012¹⁵, con la quale ha precisato che elemento essenziale del c.d. controllo analogo è la circostanza che spetta all'amministrazione controllante, o alle amministrazioni controllanti, la definizione degli obiettivi strategici e delle decisioni più importanti, attraverso un potere effettivo. E tale affermazione è stata resa dalla Corte senza identificare l'esistenza di incompatibilità di principio tra l'*in house providing* e la veste societaria dell'affidatario diretto della gestione del servizio pubblico. Il che appare del tutto giustificabile, alla luce del fatto che non spetta alla Corte di Giustizia, nel contesto di un rinvio pregiudiziale di interpretazione, di sostituirsi al giudice nazio-

nale nel valutare la compatibilità in concreto delle previsioni del diritto nazionale (nel caso di specie delle norme codicistiche che determinano il regime delle società) con il diritto dell'Unione europea.

3.3 *L'affidamento diretto a società interamente in mano pubblica, ma di proprietà di diversi enti locali*

Del problema dei requisiti per la sussistenza dell'*in house providing* in ipotesi di società interamente in mano pubblica, ma di proprietà di diversi enti locali, la Corte di giustizia si è occupata più volte, tra cui, di recente, nella già citata sentenza *Econord*. Il caso appare particolarmente significativo in quanto, nel confermare i precedenti sul punto, nel solco della giurisprudenza *Parking Brixen* sul controllo analogo, la sentenza reca anche qualche utile precisazione in ordine alle modalità con cui tale controllo analogo deve realizzarsi.

Dapprima la Corte ricorda che «nel caso in cui venga fatto ricorso ad un'entità posseduta in comune da più autorità pubbliche, il “controllo analogo” può essere esercitato congiuntamente da tali autorità, senza che sia indispensabile che detto controllo venga esercitato individualmente da ciascuna di esse»¹⁶. Aggiunge poi che «ove più autorità pubbliche facciano ricorso ad un'entità comune ai fini dell'adempimento di un compito comune di servizio pubblico, non è indispensabile che ciascuna di esse detenga da sola un potere di controllo individuale su tale entità; ciononostante, il controllo esercitato su quest'ultima non può fondarsi soltanto sul potere di controllo dell'autorità pubblica che detiene una partecipazione di maggioranza nel capitale dell'entità in questione, e ciò perché, in caso contrario, verrebbe svuotata di significato la nozione stessa di controllo congiunto»¹⁷.

L'affermazione da ultimo richiamata appare particolarmente rilevante poiché, nella precedente sentenza *Coditel Brabant* del 2008¹⁸, la Corte aveva sostenuto che non impedisce la sussistenza del requisito del controllo analogo il fatto che la partecipazione sia ultraminoritaria. In tale occasione essa aveva infatti affermato che «ove le decisioni relative alle attività di una società cooperativa intercomunale detenuta esclusivamente da autorità pubbliche sono adottate da organi statutari di detta società composti da rappresentanti delle autorità pubbliche associate, il controllo esercitato su tali decisioni dalle autorità pubbliche in parola può essere considerato tale da consentire loro di esercitare sulla società di cui trattasi un controllo analogo a quello che esercitano sui propri servizi»¹⁹.

La Corte ha così chiarito che il proprio precedente nella causa *Coname*²⁰ non deve essere letto quale impedimento al un controllo congiunto anche in caso di partecipazioni molto esigue, fintanto che, tuttavia, ciascuna amministrazione possa esercitare un controllo effettivo²¹.

3.4 La questione della compartecipazione di soggetti privati nel capitale della società

Sin dalla nota sentenza *Stadt Halle*²² – primo ed essenziale intervento della Corte di giustizia UE, finalizzato a meglio precisare i criteri di riferimento indicati nella sua giurisprudenza *Teckal* – la Corte di Giustizia ha chiarito che la condizione per cui «l'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, eserciti sull'entità [...] un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi» non si realizza ove nel capitale sociale partecipino soggetti privati. In quella occasione la Corte ha infatti precisato, che «la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi»²³.

La *ratio* dell'affermazione della Corte va ricercata nella circostanza, espressamente indicata nella motivazione della pronuncia, che, mentre «il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi sottostà a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico. Per contro, qualunque investimento di capitale privato in un'impresa obbedisce a considerazioni proprie degli interessi privati e persegue obiettivi di natura differente»²⁴. Oltre a questa prima considerazione, la Corte ne aggiunge poi anche un'altra, di portata a mio avviso ancor più rilevante. E cioè che «l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata senza far appello alla concorrenza pregiudicherebbe l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata ed il principio della parità di trattamento degli interessati contemplato dalla direttive 92/50, in particolare nella misura in cui una procedura siffatta offrirebbe ad un'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti»²⁵.

L'impossibilità di considerare *in house* un'entità compartecipata da privati è stata successivamente riaffermata in numerose occasioni²⁶, tra cui vale la pena qui ricordare solo il caso *ANAV*²⁷. In tale occasione la Corte ha infatti ribadito che un'apertura siffatta escluderebbe «in ogni caso» la persistenza del requisito del controllo analogo, poiché «se la società concessionaria è una società aperta, anche solo in parte, al capitale privato, tale circostanza impedisce di considerarla una struttura di gestione "interna" di un servizio pubblico nell'ambito dell'ente pubblico che la detiene»²⁸. La Corte ha poi sottolineato che l'apertura del capitale di un'affidataria *in house* ad azionisti privati non è ammissibile in quanto «la conseguenza di ciò sarebbe l'affidamento di una concessione di servizi pubblici ad una società mista senza procedura concorrenziale, il che contrasterebbe con gli obiettivi perseguiti dal diritto comunitario»²⁹.

Quanto alla verifica in concreto circa la possibilità di un'apertura del capitale sociale ai privati, la Corte ha chiarito nel caso *SEA*³⁰ che in una situazione «in cui il capitale della società aggiudicataria è interamente pubblico e in cui non vi è alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale di tale società ad investitori privati, la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta». Ma ha altresì precisato che il fatto che, «successivamente, ma sempre durante il periodo di validità di tale appalto, gli azionisti privati siano ammessi a partecipare al capitale di detta società costituirebbe un cambiamento di una condizione fondamentale dell'appalto che necessiterebbe di un'indizione di gara»³¹.

Tanto la motivazione di cui al caso *Stadt Halle*, quanto le precisazioni rese nei successivi giudizi *ANAV* e *SEA* offrono oggi utili spunti per verificare come potrà in concreto realizzarsi la partecipazione di privati al capitale sociale secondo quanto eccezionalmente consentito dalle nuove Direttive in materia di procedure ad evidenza pubblica. Ciò anche al fine di poter distinguere le fattispecie che, nonostante la partecipazione di capitale privato, restano ipotesi di *in house providing*, da quelle in cui l'apporto dei privati può essere invece ricondotto alla 'tradizionale' forma di Partenariato pubblico-privati istituzionalizzata mediante società mista (Valaguzza, 2012). Sul che si avrà modo di tornare a breve (v. *infra*, par. 4).

Per il momento può invece evidenziarsi che, con una recente sentenza, la Corte di Giustizia ha fugato ogni eventuale dubbio circa la portata prescrittiva della giurisprudenza *Stadt Halle*. Nell'affermare infatti che anche la partecipazione di un'associazione di pubblica utilità senza scopo di lucro impedisce la sussistenza del requisito del controllo analogo, la Corte ha chiarito che le conclusioni raggiunte nella precedente sentenza *Stadt Halle* non si fondavano «sulla forma giuridica degli enti privati facenti parte dell'entità aggiudicatrice e neppure sulla finalità commerciale di essi, ma sul fatto che tali enti privati seguivano considerazioni inerenti ai loro interessi privati, che erano di natura diversa da quella delle finalità di interesse pubblico perseguite dall'amministrazione aggiudicatrice»³².

La Corte ha così chiarito che i principi affermati nella sentenza *Stadt Halle*, ed in particolare quelli inerenti le ragioni ostative alla partecipazione di privati al capitale sociale, non furono determinati da particolari circostanze del caso, ma che gli stessi rispondono alla *ratio* stessa dell'*in house providing*. Affinché vi possa essere controllo analogo è necessario che l'interesse sociale perseguito sia determinato unicamente dall'amministrazione, senza possibilità che la partecipazione di privati possa influenzare le scelte gestionali.

3.5 (segue) Il cambio di paradigma nelle nuove direttive in materia di appalti e concessioni e la relativa ratio

Come si è visto nel precedente paragrafo la Corte di Giustizia, nella sua giurisprudenza, ha ripetutamente affermato che anche la partecipazione minoritaria di un socio privato al capitale di una partecipata pubblica escluderebbe *ex se* la possibilità di configurare su quest'ultima il 'controllo analogo' richiesto ai fini della sussistenza dell'*in house providing*.

Senonché, già nel celebre caso *Stadt Halle* l'Avvocato Generale Christine Stix-Hackl aveva sottolineato che «poiché anche gli organismi con partecipazione di un socio privato di minoranza possono soddisfare il criterio del controllo, è d'uopo dedurne che l'eccezione Teckal si applica non solo alle società proprie, ma anche alle società miste pubblico private. Quindi, in linea di principio, il coinvolgimento di imprese private non comporta alcun pregiudizio»³³.

Il ragionamento dell'Avvocato Generale offre un interessante spunto di riflessione: come si è argomentato in dottrina, infatti, la presenza di un privato, pur introducendo un elemento di differenziazione nel capitale sociale, non per questo ha necessariamente l'effetto di sovvertire la normale formazione della volontà sociale, comunque pur sempre corrispondente a quella della maggioranza (Gallo, 2005: par. 8). Sicché si può immaginare che, in talune circostanze, non sia preclusiva del controllo analogo la presenza di soggetti privati nel capitale sociale. E, sebbene la Corte di Giustizia tanto nella sentenza *Stadt Halle*, quanto in quelle successive³⁴, abbia escluso questa possibilità, questo interessante spunto sembra essere stato invece colto, più di recente, dal legislatore europeo.

Le nuove Direttive in materia di procedure ad evidenza pubblica, infatti, hanno confermato la regola di principio che nella persona giuridica controllata non deve esservi alcuna partecipazione di capitali privati diretti. Hanno tuttavia riconosciuto che, seppure a titolo eccezionale, può ammettersi la presenza di capitali privati nella compagine sociale senza che vengano meno, per ciò stesso solo, i presupposti per la sussistenza del 'controllo analogo' e ciò tanto per i casi di controllo individuale quanto in relazione a quello congiunto di più enti. Perché tale partecipazione di capitale privato sia ammissibile devono tuttavia sussistere, ai sensi delle richiamate direttive, tre specifici requisiti, da considerarsi cumulativi, in virtù dei quali si richiede che: *i*) le forme di partecipazione di capitali privati non comportino controllo o potere di veto; *ii*) queste forme di partecipazione siano 'prescritte' (ossia rese obbligatorie³⁵) dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei Trattati; *iii*) queste partecipazioni private siano tali da non consentire al capitale privato di esercitare un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata³⁶.

La giustificazione di queste previsioni può facilmente desumersi dal tenore dei considerando che ad esse si riferiscono nelle direttive menzionate. Ivi si conferma infatti, anzitutto, che la *ratio* per la quale «l'esenzione non dovrebbe estendersi alle situazioni in cui vi sia partecipazione diretta di un operatore economico privato al capitale della persona giuridica controllata», consiste nella circostanza che, in queste ipotesi, «l'aggiudicazione di una concessione senza una procedura competitiva offrirebbe all'operatore economico privato con una partecipazione nel capitale della persona giuridica controllata un indebito vantaggio rispetto ai suoi concorrenti». Precisandosi poi che, «Tuttavia date le particolari caratteristiche degli organismi pubblici con un'adesione obbligatoria, quali le organizzazioni responsabili della gestione o dell'esercizio di taluni servizi pubblici, ciò non dovrebbe valere nei casi in cui la partecipazione di determinati operatori economici privati al capitale della persona giuridica controllata è resa obbligatoria da disposizioni legislative del diritto nazionale conformi ai trattati, a condizione che si tratti di una partecipazione che non implica controllo o potere di veto e che non conferisce un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata»³⁷.

Non vi è, dunque, contraddizione con l'argomento a suo tempo usato dalla Corte di Giustizia nella già menzionata pronuncia *Stadt Halle* (v. precedente par. 3.3): ove si sottolineava, appunto, il rischio che l'attribuzione di un appalto pubblico ad una società mista pubblico-privata, senza far appello alla concorrenza, potesse pregiudicare l'obiettivo di una concorrenza libera e non falsata offrendo all'impresa privata presente nel capitale della detta società un vantaggio rispetto ai suoi concorrenti³⁸. Semplicemente il rischio viene qui scongiurato inserendo dei paletti specifici, normativamente identificati, rispetto al ruolo ed alla funzione del privato all'interno di una compagine societaria la cui struttura può essere la conseguenza – in ossequio al principio di autonomia organizzativa – di norme nazionali che impongano forme di partecipazione di capitali privati.

3.6 (segue) Il futuro della partecipazione dei privati nelle società a partecipazione di una sola amministrazione

La rottura con il precedente e consolidato orientamento giurisprudenziale, inteso ad escludere del tutto la partecipazione dei soci privati, pone inevitabilmente molteplici dubbi su come le previsioni delle nuove direttive potranno trovare recepimento e concreta attuazione negli ordinamenti nazionali. Certo è che, comunque si vogliano leggere le norme in questione, posta la chiara enunciazione circa il potere di veto e l'influenza dominante pubblica, appare sin d'ora certo che la partecipazione di privati non potrà mettere in dubbio la salda *governance* da riconoscere in capo all'ente pubblico socio.

Sicché, se pur appare certamente preferibile che la partecipazione privata sia comunque minoritaria, ed eventualmente realizzata con strumenti societari atti a limitarne i concreti poteri, il nodo interpretativo pare dover essere sciolto in senso sostanzialistico: ossia in base alla titolarità, in capo all'amministrazione, di quei poteri necessari a costituire il c.d. controllo analogo. In altre parole, per potere ammettere la presenza di capitale privato all'interno di una società *in house*, la formula più coerente con la *ratio* dello strumento dell'*in house providing* sembra comportare il riconoscimento al socio pubblico di quei poteri via via enucleati dalla giurisprudenza europea per la sussistenza del controllo analogo (v. *supra* par. 3.2), che rimane dunque di assoluta attualità.

Quanto poi al requisito della necessaria 'previsione legislativa' della partecipazione privata, è sufficiente in questa sede richiamare quanto si era già esposto in altra sede: ossia che tale prescrizione possa essere soddisfatta anche dalla previsione di questo requisito per il tramite di atti normativi secondari, (regolamenti attuativi o esecutivi), in linea con quanto da tempo previsto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia con riguardo agli atti idonei a rappresentare un atto di trasposizione dotato di requisiti di sufficiente certezza e stabilità (Carullo, 2015: par. 2).

Le nuove disposizioni determinano, dunque – come vedremo – un significativo scostamento dell'*in house* 'misto' rispetto al modello della società mista emerso nella giurisprudenza europea.

3.7 (segue) *L'ipotesi di compartecipazione di più amministrazioni*

Le nuove Direttive definiscono sulla falsariga della precedente giurisprudenza (v. il precedente par. 3.2) il contenuto del 'controllo analogo congiunto', nella seconda parte del terzo paragrafo degli articoli dedicati all'eccezione *de qua*³⁹. Viene chiarito che, per integrare il requisito del controllo analogo congiunto, devono essere soddisfatte tre cumulative condizioni.

In primo luogo, si richiede che gli organi decisionali della persona giuridica controllata siano composti da rappresentanti di tutte le amministrazioni. Si conferma dunque l'indirizzo giurisprudenziale secondo cui, affinché sussista il 'controllo analogo' è necessario che ciascuna delle Autorità partecipi non solo al capitale sociale, ma anche alla composizione degli organi direttivi dell'entità compartecipata, così da assicurare che anche il socio ultraminoritario eserciti il proprio controllo in forma congiunta con gli altri enti pubblici ed in modo effettivo⁴⁰.

In secondo luogo le nuove Direttive richiedono che le amministrazioni siano in grado di esercitare congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative di detta persona giuridica. Anche in questo caso la disposizione si colloca in linea di continuità con la precedente giuri-

sprudenza, ai sensi della quale poteva considerarsi *in house* una società intercomunale anche laddove la partecipazione di ciascun Ente fosse particolarmente esigua, purché a ciascuna partecipazione, anche minoritaria, corrispondesse una composizione degli organi statutari tale per cui il controllo esercitato da ciascuna fosse assimilabile a quello esercitato sui propri servizi⁴¹.

Infine, anche la terza condizione posta dalle nuove Direttive, ai sensi della quale «la persona giuridica controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni aggiudicatrici controllanti», risulta in linea con il precedente orientamento della Corte, così come della dottrina espressasi sul punto (Roversi Monaco, 2006: par. 2), secondo cui la non omogeneità degli interessi perseguiti dai soci non sarebbe coerente con il modello *in house*⁴².

Anche nel caso di compartecipazione di più amministrazioni, si può dunque concludere che sia perfettamente confermata la necessaria *governance* pubblica, che in questo caso deve risultare dalla guida congiunta, ed effettiva, da parte di tutte le amministrazioni partecipanti.

4. I tratti distintivi tra *in house* 'misto' pubblico-privati e società miste 'tradizionali'

Se dunque la totalità delle partecipazioni pubbliche non è più un requisito indefettibile delle società affidatarie *in house*, potendo anche queste ultime essere costituite da capitale misto pubblico-privato, v'è da chiedersi se e quali differenze permangano con l'ipotesi delle c.d. società miste, così come sino ad oggi intese nell'ordinamento europeo.

Per quanto qui interessa è sufficiente ricordare che le c.d. società miste rappresentano un istituto da tempo collocato tra le forme di collaborazione tra pubblico e privato (Valaguzza, 2012), attraverso cui è possibile non solo assicurare il contributo di finanziamenti privati al settore pubblico, ma anche beneficiare del *know-how* e dei metodi di funzionamento del settore privato⁴³, così da «acrescere il benessere congiunto» (Massera, 2009: 889).

Nel caso delle società miste è noto l'acceso dibattito che si registrò in relazione alla necessità, o meno, di indire una doppia gara, tanto per la scelta dei soci privati quanto poi per l'affidamento del servizio. Dibattito che è stato ormai risolto dalla Corte di Giustizia, nel senso di escludere la necessità della 'doppia gara'. La Corte ha infatti ammesso l'affidamento diretto del servizio ad una società mista, purché il socio sia scelto con una procedura di gara aperta e trasparente e purché l'oggetto sociale rimanga invariato durante l'intera durata della concessione e senza che vi sia alcuna modifica sostanziale del contratto; circostanza questa che, secondo la Corte, comporterebbe un obbligo di indire una gara⁴⁴. In particolare la Corte ha precisato che la società deve essere stata «costi-

tuita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire»⁴⁵. Non solo, la pronuncia chiarisce anche che la società «deve mantenere lo stesso oggetto sociale durante l'intera durata della concessione e che qualsiasi modifica sostanziale del contratto comporterebbe un obbligo di indire una gara»⁴⁶.

Alla luce di quanto sin qui detto, sembra dunque potersi ritenere che il tratto distintivo fondamentale tra *in house* 'misto' pubblico-privati e società miste 'tradizionali' sia da ricercare nelle diverse finalità perseguite dai due istituti, specie per quanto attiene alla *governance* societaria.

Nel caso degli affidamenti *in house* 'misti' si è visto che la guida deve restare saldamente in capo all'Ente pubblico o agli enti pubblici, che avranno così modo di determinare l'andamento delle società e delle attività da svolgere.

Nel caso delle società miste 'tradizionali', invece, la partecipazione del socio privato è caratterizzata proprio dall'inverso obiettivo di portare nella compagine sociale le competenze dell'imprenditoria privata in relazione ad una specifica e predeterminata commessa, cristallizzata negli atti attraverso i quali viene bandita la gara per la selezione del socio stesso. Sicché si può senz'altro ritenere che nella società mista 'tradizionale' il privato avrà un ruolo assai più determinante nella definizione delle strategie aziendali e nelle modalità di espletamento di quelle attività individuate in sede di procedura ad evidenza pubblica.

La già citata sentenza *Acoset* ha infatti chiarito che l'affidamento diretto a società mista, ove il socio è stato scelto con procedura ad evidenza pubblica, è ammissibile solo nella misura in cui l'oggetto sociale sia ben individuato e la gara abbia individuato in modo preciso e circostanziato il «servizio da svolgere e [le] caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire». Per contro, nell'*in house* non sussiste alcuna limitazione di tal genere, ben potendo l'entità partecipata essere incaricata di qualsiasi attività da parte dell'amministrazione fintanto che sussistano i requisiti per l'affidamento diretto.

Il diverso atteggiarsi della 'capacità' dei due soggetti si può spiegare ancora sulla base della disciplina che regola la *governance* societaria. Nell'ambito di un affidamento *in house* è comunque l'amministrazione a determinare le scelte gestionali, sicché si resta all'interno di una sfera pubblicistica che, almeno teoricamente, non dovrebbe avere quale fine ultimo quello di lucro. Viceversa, nelle società miste 'tradizionali' il socio privato è in posizione tale da consentirgli di influire sulla guida societaria, sicché il fine di lucro che ne caratterizza le decisioni potrebbe portare a scelte potenzialmente pregiudizievoli per il mercato interno⁴⁷. È per tale ragione, quindi, che in relazione alle società miste 'tradizio-

nali' l'oggetto del servizio e delle prestazioni da rendere deve essere predeterminato ed ogni modifica di queste deve comportare una nuova gara.

Si può dunque ritenere che *in house* 'misto' e società miste continuino, oggi, a correre su binari distinti e si inquadrino, dunque, nella prospettiva di una frammentazione dell'ordinamento. Tuttavia, le differenze che caratterizzano le due fattispecie vanno riducendosi e la prospettiva di un futuro ulteriore avvicinamento dei due istituti, se non addirittura l'unificazione degli stessi, non pare poi così irrealistica. Soprattutto perché, in un'ottica di corretto recepimento delle nuove Direttive, difficilmente potrà predicarsi una selezione del socio privato nell'ambito dell'*in house* che prescindano totalmente da un qualche confronto concorrenziale. Questo è infatti, a parere di chi scrive, il significato corretto da attribuirsi alle nuove previsioni normative: laddove queste ammettono forme di partecipazione di capitali privati a società *in house* a condizione che tali forme di partecipazione siano «prescritte dalle disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati»⁴⁸.

Sarebbe quindi auspicabile, per il futuro, che le norme nazionali di recepimento che prescrivono la compartecipazione di soci privati individuino al contempo modalità trasparenti e non discriminatorie per la loro selezione. E laddove questi ultimi risultino predeterminati (in diritto o di fatto), sarà opportuno indicare chiaramente le motivazioni per le quali si ritiene essenziale la partecipazione proprio di questi soggetti al capitale sociale e, quindi, quali siano i presupposti oggettivi che ne determinano l'individuazione (ad es. diritti di proprietà intellettuale, non replicabilità di determinati *asset* ecc.).

5. I servizi pubblici e lo strumento dell'*in house*: conclusioni

La confusione fra norme del diritto UE poste a tutela della concorrenza, da un lato, e norme a garanzia delle c.d. libertà fondamentali garantite dai Trattati (libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali), dall'altro, caratterizza l'approccio di molta parte della dottrina che si è occupata del c.d. *in house providing*. Come già si è sottolineato (par. 2), sono tuttavia queste ultime – e non le c.d. *regole di concorrenza* di cui agli artt. 101 sgg. T.F.U.E.⁴⁹ – la base giuridica che ha legittimato l'adozione delle norme europee in materia di procedure ad evidenza pubblica. E queste ultime norme sono funzionali alla creazione di quell'Europa senza barriere che rappresentava – come è ben noto – l'obiettivo primario dei firmatari dell'originario Trattato di Roma.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona taluna dottrina si è interrogata sul significato dell'eliminazione, dal previgente articolo 3, paragrafo 1, lett. g), TCE, della previsione secondo cui l'azione della Comunità comporta «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato in-

terno» chiedendosi se questa omissione, da parte dei redattori del Trattato di Lisbona, fosse innocua o comportasse, invece, un declassamento della concorrenza da *fine*, a mero *strumento*. In verità la norma in questione non è scomparsa, ma risulta trasferita nel Protocollo (n. 27) sul mercato e sulla concorrenza. Tuttavia, la questione non mi pare rilevante poiché, come ho altrove già sottolineato (Galetta, 2013), la concorrenza non è mai stata un fine dell'Unione europea, neppure all'epoca della Comunità *economica* europea. E con il Trattato di Lisbona essa è stata chiaramente confermata nella sua natura di mero strumento. Strumento che, secondo quanto si poteva leggere già nel Preambolo al Trattato di Roma del 1957, appare finalizzato a supportare l'azione volta ad eliminare gli ostacoli esistenti⁵⁰, rispetto alla creazione di quella «Unione sempre più stretta fra i popoli europei» cui faceva riferimento già il primo paragrafo del Preambolo medesimo.

Il riconoscimento espresso – di cui all'art. 3, par. 3, T.F.U.E. – di un'esigenza di sviluppo sostenibile dell'Europa che si basi, fra l'altro, su di «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale» rende solo più evidente la questione. Rende evidente, cioè, che le regole del gioco concorrenziale sono solo un tassello del più ampio puzzle volto a definire una comune politica di riferimento tra gli Stati membri nell'affrontare, fra gli altri, anche le tematiche relative ai servizi di interesse (non solo economico) generale.

Di questo complesso puzzle l'*in house providing* è, a sua volta, un piccolo, ma rilevante tassello nella prospettiva dello svolgimento, da parte delle Amministrazioni nazionali, dei servizi di interesse economico generale di cui esse si facciano carico e che intendano svolgere in regime di autoproduzione. Il bilanciamento necessario *ex art.* 106 par. 2 T.F.U.E. tra regole di concorrenza, da un lato, ed esigenze connesse all'espletamento di servizi di interesse generale, dall'altro, si ottiene, infatti, in concreto, tramite l'applicazione di tre diversi principi: il *principio di neutralità* rispetto al regime di proprietà, pubblica o privata, delle imprese. Il *principio di libertà* degli Stati membri quanto alla definizione di ciò che è servizio d'interesse generale, fermo restando il controllo di eventuali casi di errore manifesto. Il *principio di proporzionalità* (Galetta, 2012), nel senso che le restrizioni alla concorrenza e le limitazioni delle libertà del mercato unico non devono eccedere quanto necessario per garantire l'effettivo assolvimento della missione di pubblico servizio.

Se non appare dunque condivisibile l'affermazione secondo cui l'osservanza del principio di concorrenza potrebbe addirittura comportare la necessità di 'mettere in concorrenza' i servizi interni qualora si opti – opzione, come si è visto, del tutto legittima e comunitariamente compatibile – per la 'autoproduzione dei servizi' (Ricci, 2006), vi è tuttavia un auspicio che vorrei esprimere in

questa sede e nella prospettiva di un possibile percorso di progressiva ri-unificazione o de-frammentazione del sistema di riferimento al livello dell'Unione europea. Pur nel rispetto del sacrosanto principio che la scelta circa le modalità di gestione dei servizi pubblici va lasciata, in ultima analisi, al legislatore nazionale sarebbe opportuno che vi fosse un progressivo allontanamento dell'Unione europea dallo strumento dell'*in house providing*. Il risultato che il suo utilizzo produce è, infatti, una forma di 'autoproduzione' anomala, che presenta a tutt'oggi molti profili di criticità, si presta a facili abusi e che crea, in concreto, moltissimi problemi ed una grande quantità di contenzioso⁵¹. Lo dimostra bene l'analisi sin qui svolta; e non mi pare che, sotto questo profilo, le nuove Direttive in materia di procedure ad evidenza pubblica siano idonee a risolvere tutte le problematiche questioni sul tappeto, pur nel loro lodevole intento chiarificatore rispetto ai profili più controversi dello strumento dell'*in house providing*⁵².

Pur nella consapevolezza, dunque, che per il nostro paese i servizi pubblici hanno rappresentato, dalla prospettiva dei cittadini, la prima e più evidente forma di unificazione dello Stato nazionale⁵³, mi pare che oggi, più che mai, sia necessario trovare un punto di equilibrio. A fronte, infatti, della tuttora prevalente spinta ideologico-politica nella direzione di un intervento pubblico inteso, sempre e comunque, nella prospettiva del mantenimento di livelli tariffari forzatamente non remunerativi e a fronte dell'erogazione di servizi pubblici di scarsa qualità, si pongono le esigenze, altrettanto rilevanti in epoca attuale, di garantire la sostenibilità del debito pubblico. Si tratta di esigenze che – piaccia o meno – risultano oggi rivestite di un elemento di precettività in passato assente: e mi riferisco non solo alle norme sovranazionali sull'obbligo del pareggio di bilancio, ma anche e soprattutto al nuovo art. 97, c. 1, Cost., ai sensi del quale «le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico».

Sullo sfondo rimane poi, ovviamente, la dibattuta questione – che volutamente non è stata qui affrontata, perché ci porterebbe troppo oltre – se sia ancora immaginabile oggi, uno Stato-imprenditore quale espressione di un'identità nazionale degna di protezione e valorizzazione nel contesto di una Unione europea conforme al motto 'unità nella diversità'. Per bypassare l'ultima questione evocata – ma ricomprenderla al contempo nello schema di ragionamento che è stato sino a qui portato avanti – si può a mio parere concludere anche qui, come già altrove io avevo fatto (Galetta, 2007): e, cioè, che lo strumento dell'*in house providing* è in parte inutile (per perseguire gli scopi a cui esso teoricamente mira) e in parte dannoso. Ed è dannoso perché – come già si è detto – si presta troppo facilmente a fini elusivi delle norme europee poste a garanzia della libera circolazione degli operatori all'interno del mercato unico e della concorrenza fra gli stessi, senza peraltro riuscire ad assicurare un adeguato sod-

disfacimento delle esigenze connesse all'espletamento dei servizi di interesse generale. A quest'ultimo scopo è infatti il meccanismo (europeo) dell'imposizione di oneri di pubblico servizio a imprese private, nel contesto di un affidamento del servizio tramite gara, ad apparire preferibile. Ciò per la ragione specifica che quest'ultimo meccanismo – pur con tutte le sue criticità⁵⁴ – appare come una risposta di gran lunga più efficiente rispetto a quello dell'*in house providing*: e non solo dalla prospettiva, ora assai di moda, di un utilizzo migliore e più trasparente delle risorse pubbliche in un'ottica da *spending review*; ma, anche e soprattutto, in una prospettiva caratterizzata dall'esigenza di adeguatamente coniugare le libertà fondamentali riconosciute dai Trattati, i principi di libera concorrenza (pur declinati nell'attuale prospettiva della creazione di un'economia sociale di mercato *fortemente competitiva*) e le esigenze di salvaguardia dei pubblici servizi. Tutti questi elementi necessitano infatti oggi, a centocinquant'anni di distanza delle leggi di unificazione amministrativa, di essere adeguatamente coniugati in un ragionamento che, dal livello nazionale, si sposta e sposta il suo *focus* necessariamente sul livello dell'Unione europea.

Note

- * I paragrafi 1, 2, da 3.1 a 3.5 e 5 sono a cura di D.U. Galetta. I paragrafi 3.6, 3.7 e 4 sono a cura di G. Carullo. Ultimo aggiornamento del contributo: aprile 2016.
- ¹ Si ricorda soltanto che, in base al quadro normativo di riferimento attualmente in vigore, l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali potrà avvenire scegliendo fra quattro diverse modalità: a) gara ad evidenza pubblica; b) affidamento a società a capitale misto pubblico-privato con procedura di gara per la scelta del socio privato, a cui attribuire specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio (procedura cd. a doppio oggetto); c) affidamento diretto a società c.d. *in house* (che, come si vedrà, è una forma 'anomala' di auto-produzione); d) affidamento diretto anche non *in house* per il trasporto ferroviario regionale.
- ² A questo proposito si veda ad es., da ultimo, il discusso parere della seconda Sezione del Cons. St., 30.01.2015, n. 298, cui ha fatto seguito la recentissima pronuncia della VI sez. del Cons. St., 26.05.2015, n. 2660, che ribalta di fatto l'impostazione seguita nel parere della II sezione.
- ³ Si allude alle Direttive nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, rispettivamente relative all'aggiudicazione dei contratti di concessione; agli appalti pubblici; ed alle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali.
- ⁴ Ma già le direttive originarie in materia si riferivano, rispettivamente, all'obiettivo di «realizzazione simultanea della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi» (così la Direttiva 71/305/CEE del Consiglio, del 26 luglio 1971 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti dei lavori pubblici) e al divieto di «restrizioni alla libera circolazione delle merci» (così la Direttiva 77/62/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1976, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture).
- ⁵ Cfr. C. giust., 11.05.2006, C-340/04, *Carbotermo e Consorzio Alisei*, punto 58.
- ⁶ V., in questo senso, già C. giust., 25.04.1996, C-87/94, *Commissione c. Belgio*, in particolare punti 33 e 54. Argomento ripreso in C. giust., 13.10.2005, C-458/03, *Parking Brixen*, punto 48.
- ⁷ C. cost., 23.12.2008, n. 439.
- ⁸ Cfr., in particolare, punto 26 della motivazione della sentenza C. giust., 6.04.2006, C-410/04, *ANAV*. È opportuno peraltro precisare, a scanso di equivoci, che la Corte di Giustizia, nel qualificare l'*in house providing* quale eccezione, intende che esso è un'eccezione rispetto alle condizioni di applicabilità delle direttive europee in tema di procedure ad evidenza pubblica e, quindi, ai fini dell'interpretazione dei requisiti che lo integrano. Resta perciò esclusa da tale qualificazione ogni considerazione in ordine all'astratta possibilità di ricorrervi che, viceversa, a livello nazionale, viene oggi individuata dalla giurisprudenza non più in via residuale. Cfr. *ex multis* Cons. St., Sez. V, 29.04.2014, n. 4599; id., Sez. V, 30.09.2013, n. 4832; id., Sez. VI, 11.02.2013, n. 762.
- ⁹ C. giust., 18.11.1999, C-107/98.
- ¹⁰ A questo proposito v., a titolo di esempio, la sentenza C. giust., 8.05.2003, C-349/97, *Regno di Spagna c. Commissione*, punto 204 ove si parla espressamente della «eccezione denominata "In House Providing"» (e ciò in tutte le versioni linguistiche, ivi compresa quella della lingua di procedura).
- ¹¹ C. giust., 13.10.2005, C-458/03.
- ¹² Il che implica anche che «l'onere di dimostrare l'effettiva sussistenza delle circostanze eccezionali che giustificano la deroga a quelle regole grava su colui che intenda avvalersene». Punto 63 della motivazione della sentenza *Teckal*. V. anche C. giust., 6.04.2006, C-410/04, *ANAV*, punto 26.
- ¹³ Punto 65 della motivazione.
- ¹⁴ Punto 67 della motivazione.

- ¹⁵ C. giust., 29.11.2012, C-182/11 e C-183/11, in particolare punto 27 della motivazione.
- ¹⁶ Punto 28 della sentenza *Econord*.
- ¹⁷ Punto 30 della motivazione.
- ¹⁸ C. giust., 13.11.2008, C-324/07.
- ¹⁹ Punto 42 della motivazione.
- ²⁰ C. giust., 21.07.2005, C-231/03
- ²¹ La Corte precisa infatti a tale riguardo, al punto 52 della sentenza *Coditel Brabant* cit., che nella sentenza *Coname* la Corte aveva «considerato che una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire ad un comune di esercitare il controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico (v. sentenza *Coname*, cit., punto 24). Tuttavia, in questo stralcio della sentenza considerata, la Corte non affrontava la questione se un siffatto controllo potesse essere esercitato in maniera congiunta».
- ²² C. giust., 11.05.2005, C-26/03, relativa ad una fattispecie di affidamento senza gara pubblica di un appalto di servizi per il trattamento dei rifiuti ad una società interamente a capitale pubblico. In particolare, nel caso in questione la Corte ha l'occasione di meglio precisare il criterio del c.d. controllo analogo, indicato ma non precisato nella sentenza *Teckal* del 1999. A tale scopo la Corte, dopo avere ribadito che – come già si è detto – «un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi», precisa che «in tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice», e che «non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici» (punto 48 della motivazione).
- ²³ Punto 49 della motivazione. V. anche C. giust., 10.11.2005, C-29/04, *Commissione c. Austria*, che ribadisce i concetti già espressi nella giurisprudenza precedente sul criterio del controllo analogo e le conseguenze che se ne devono trarre per le società miste (punti 45 sgg.).
- ²⁴ Punto 49 della motivazione.
- ²⁵ Punto 50 della motivazione.
- ²⁶ Cfr. tra le tante sentenze, C. giust., 18.01.2007, C-220/05, *Auroux*; 19.04.2007, C 295/05, *Asemfo*.
- ²⁷ C. giust., 6.04.2006, C-410/04.
- ²⁸ Punti 30-32 della motivazione della sentenza *ANAV*.
- ²⁹ Punto 30 della motivazione.
- ³⁰ C. giust., 10.09.2009, C-573/07.
- ³¹ Rispettivamente punti 51 e 53 della motivazione.
- ³² C. giust., 19.06.2014, C-574/12, *Centro Hospitalar de Setúbal e SUCH*, p. 36.
- ³³ Punto 70 delle conclusioni presentate in data 11.01.2005, C-26/03.
- ³⁴ Unica eccezione parrebbe quella di cui alla sentenza del 17.07.2008, nella causa C-371/05, *Commissione c. Italia*, ma la diversa conclusione ivi raggiunta deve necessariamente essere valutata alla luce delle peculiarità di tale giudizio, promosso dalla Commissione per un asserito inadempimento della Repubblica Italiana.
- ³⁵ Nella versione francese del testo delle Direttive in questione si legge infatti: «à l'exception des formes de participation de capitaux privés [...] requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités». Idem nella versione in inglese, che recita: «with the exception of [...] forms of private capital participation required by national legislative provisions, in conformity with the Treaties».
- ³⁶ Cfr. artt. 17, 12 e 28, paragrafo 1, lett. c) per tutti, rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.
- ³⁷ Cfr. considerando 46 e 32, rispettivamente, della Direttiva Concessioni e di quella relativa agli appalti nei settori ordinari. Nonostante l'omissione, si ritiene che il considerando in questione, stante l'identità delle norme, possa riferirsi anche alla Direttiva nei settori speciali.

- ³⁸ Punto 50 della motivazione della sentenza *Stadt Halle*.
- ³⁹ V. artt. 17, 12 e 28 rispettivamente delle Direttive nn. 23, 24 e 25 del 2014.
- ⁴⁰ Sentenza *Econord* cit., punti 31-33, ed in senso sostanzialmente analogo, anche sentenza *SEA* cit., punti 81-86 e sentenza *Coditel Brabant* cit., punto 46.
- ⁴¹ Sentenza, *Coditel Brabant*, cit., in particolare punto 42. In tale occasione la Corte ha chiarito che «siffatta conclusione non è inficiata dalla sentenza del 21 luglio 2005, nella causa C-231/03, Coname. Di sicuro la Corte ha ivi considerato che una partecipazione dello 0,97% è talmente esigua da non consentire ad un comune di esercitare il controllo su un concessionario che gestisce un servizio pubblico (v. sentenza Coname, cit., punto 24). Tuttavia, in questo stralcio della sentenza considerata, la Corte non affrontava la questione se un siffatto controllo potesse essere esercitato in maniera congiunta» (punto 52). In senso sostanzialmente analogo anche la successiva sentenza, *SEA*, cit., punto 90.
- ⁴² Cfr. punto 50 della motivazione nella sentenza *Stadt Halle*.
- ⁴³ Libro Verde relativo ai Partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, COM(2004) 327, paragrafo 1.1.3.
- ⁴⁴ C. giust., 15.10.2009, C-196/08, *Acoset*, punti 61-62.
- ⁴⁵ Punto 61 della motivazione.
- ⁴⁶ Punto 62 della motivazione.
- ⁴⁷ Cfr. punto della motivazione della sentenza *Stadt Halle* cit. *supra* § 3.2.
- ⁴⁸ Artt. 17, 12 e 28, paragrafo 1, lett. c) per tutti, rispettivamente delle Direttive: concessioni, appalti ordinari ed appalti speciali.
- ⁴⁹ Per *regole di concorrenza*, di cui agli articoli 101 e seguenti T.F.U.E. si intende, come è noto: 1) il divieto delle intese anticoncorrenziali; 2) il divieto dell'abuso di posizione dominante; 3) il controllo delle fusioni per evitare, per l'appunto un risultato simile ad una intesa anticoncorrenziale o ad un abuso di posizione dominante; 4) il divieto degli aiuti di Stato di natura anticoncorrenziale, salve le deroghe la cui autorizzazione spetta alla Commissione.
- ⁵⁰ Si legge nel quarto paragrafo del preambolo al Trattato di Roma del 1957 che i firmatari riconoscono «che l'eliminazione degli ostacoli esistenti impone una azione concertata intesa a garantire la stabilità nella espansione, l'equilibrio negli scambi e la lealtà nella concorrenza».
- ⁵¹ *In house providing* – oltre ad essere stato oggetto di ben noti abusi, che lo hanno trasformato da strumento eccezionale in meccanismo di elusione del necessario confronto concorrenziale nell'affidamento dei servizi – determina in capo agli enti pubblici locali una «obiettiva situazione di conflitto d'interesse», poiché essi risultano essere «al contempo affidatari del servizio, azionisti e amministratori della società di gestione di servizi, nonché componenti degli organismi chiamati a vigilare e disciplinare la medesima» (così si legge nella segnalazione dell'Autorità Garante delle concorrenza e del mercato del 28.12.2006, su *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house ed alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*, sottoscritta dal Presidente A. Catricalà).
- ⁵² Si segnala a questo proposito che, con riguardo al secondo requisito *Teckal* (la realizzazione della parte più importante della attività della società con l'ente che la controlla) le nuove Direttive ne hanno quantificato una volta per tutte la misura nell'80% del fatturato.
- ⁵³ Come bene sottolinea E. Boscolo, anche nella sua introduzione in questo volume.
- ⁵⁴ V. a tale proposito la Comunicazione della Commissione sugli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico (2012/C 8/03).

Riferimenti bibliografici

- Amato G. 1998, *Citizenship and Public Services – Some General Reflections*, in M.R. Freedland, S. Sciarra (a cura di), *Public Services and Citizenship in European Law: Public and Labour Law Perspectives*, Clarendon Press, Oxford: 145 sgg.
- Cafagno M. 2001, *Lo Stato Banditore*, Giuffrè, Milano.
- Callea A 2006, *Gli affidamenti “in house”*, in *Amministrare*.
- Caringella F. 2005, *L'affidamento in house*, in R. Garofoli, M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano: 255 sgg.
- Carullo G. 2013, *Obbligo di esercizio «associato» delle funzioni e modelli di cooperazione a livello comunale*, in *Foro amm. c.d.s.*: 2879 sgg.
- 2014, *Riflessioni su alcune aperture del legislatore europeo in tema di in house, anche in prospettiva dei corrispondenti limiti nazionali per le società strumentali*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 991 sgg.
- 2015 *Luci ed ombre sulla legittimità dell'affidamento in house al CINECA*, in *Giust. amm.*, <<https://www.giustamm.it/>>.
- Cavallo Perin R., Casalini D. 2006, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*: 51 sgg.
- Cintioli F. 2014, *Società in mano pubblica, interesse sociale e nuove qualificazioni della giurisprudenza*, in *Giust. amm.*, <<https://www.giustamm.it/>>: 1 sgg.
- Cusumano G., Gattuccio F. 2006, *Gli appalti pubblici nelle norme internazionali e comunitarie: affidamenti diretti ex articolo 6 della direttiva 92/50*, in *Amministrare*: 299 sgg.
- D'Alessandro D. 2006, *Affidamenti in house in senso ampio: la Corte mette in crisi l'idea della neutralità dello strumento societario*, in *Serv. pubb. e app.*: 103 sgg.
- Dettori S. 2008, *La società in house tra interesse pubblico e mercato. Spunti ricostruttivi*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- Devroe W. 1997, *Privatisation and Community law: neutrality versus policy*, in *Common market law review*: 267 sgg.
- Dugato M. 2014, *Le società a partecipazione mista per la gestione dei servizi pubblici locali. Il procedimento di costituzione, l'affidamento dei lavori e la relazione tra ente socio e società*, in Id., F. Mastragostino (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bononia University Press, Bologna: 213 sgg.
- Fracchia F. 2012, *In house providing, codice dei contratti pubblici e spazi di autonomia dell'ente pubblico*, in *Dir. Ec.*: 243 sgg.
- Galetta D.-U. 2007, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 17 sgg.
- 2012, *Il principio di proporzionalità*, in M. Renna, F. Saitta (a cura di), *Studi sui principi del Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano: 389 sgg.
- 2013, *La tutela dei diritti fondamentali (in generale, e dei diritti sociali in particolare) nel diritto UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 1175 sgg.

- Galetta D.-U., Giavazzi, M. 2007, *Trasporti terrestri*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, coordinato da G.F. Cartei, D.-U. Galetta, vol. IV (II ed.), Giuffrè, Milano: 2174 sgg.
- Gallo C.E. 2005, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*: 327 sgg.
- Gallo D. 2010, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano.
- Greco G. 2000, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 1461 sgg.
- 2005, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*: 61 sgg.
- Grüner G. 2012, *Compiti e ruolo del socio pubblico: direzione (società miste) e dominio (società in house)*, in *Dir. Ec.*: 3 sgg.
- Guzzo G. 2009, *Società miste e affidamenti in house. Nella più recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano.
- Hausmann F.L., Queisner G. 2013, *In-House Contracts and Inter-Municipal Cooperation – Exceptions from the European Union Procurement Law Should be Applied with Caution*, in *European procurement & public private partnership law*: 231 sgg.
- Jaione C. 2007, *Le società in house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Jovene, Napoli.
- Lyon-Caen A., Champeil-Desplats V. 2001, *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, Parigi.
- Manganaro F. 2014, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica: fondazioni, associazioni e organizzazioni civiche*, in *Dir. Amm.*: 45 sgg.
- Massera A. 2009, *Le Società pubbliche*, in *Gior. dir. amm.*: 889 sgg.
- Mengozi P. 2005, *Conclusioni*, in M.P. Chiti (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bononia University Press, Bologna: 167 sgg.
- Morbidelli G., Zoppolato M. 2007, *Appalti pubblici*, in M.P. Chiti, G. Greco (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo europeo. Parte Speciale*, coordinato da G.F. Cartei, D.-U. Galetta, vol. I (II ed.), Giuffrè, Milano: 424 sgg.
- Nictolis R.D., Cameriero L. (a cura di) 2008, *Le società pubbliche in house e miste*, Giuffrè, Milano.
- Perfetti L.R. 2004, *L'affidamento diretto dei pubblici servizi locali a società partecipate dai Comuni tra amministrazione indiretta e privilegi extra legem*, in *Foro amm. c.d.s.*: 1161 sgg.
- Quin C., Jeannot G. (a cura di) 1997, *Un service public pour les européens ? Diversité des traditions et espaces de convergence*, MELT, La Documentation Française, Parigi.
- Ricci P. 2006, *Gli enti locali e le aziende dei servizi pubblici locali: profili di controllo e profili contabili*, in *Fin. loc.*: 13 sgg.

- Romano Tassone A. 2014, *La società in house e la sua complessa disciplina*, in M. Dugato, F. Mastragostino (a cura di), *Partecipazioni, beni e servizi pubblici tra dismissioni e gestione*, Bononia University Press, Bologna: 229 sgg.
- Roversi Monaco M.G. 2006, *I caratteri delle gestioni in house*, in *Gior. dir. amm.*: 1371 sgg.
- Scotti E. 2012, *Servizi pubblici locali*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, vol. Aggiornamento, Utet, Torino: 629 sgg.
- Soricelli G. 2008, *Contributo allo studio del modello organizzativo dell'in house providing*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Tesauro G. 1996, *Intervento pubblico nell'economia e art. 90, n. 2, del Trattato CE*, in *Diritto dell'unione europea*, 3: 719 sgg.
- Ursi R. 2005, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*: 199 sgg.
- Valaguzza S. 2012, *Società miste a partecipazione comunale: ammissibilità e ambiti*, Giuffrè, Milano.
- Verhoeven A. 1996, *Privatisation and EC law: is the European Commission "neutral" with respect to public versus private ownership of companies?*, in *International and comparative law quarterly*: 861 sgg.
- Villata R. 2008, *Pubblici Servizi. Discussioni e problemi* (V ed.), Giuffrè, Milano.
- Volpe C. 2014, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in *Giust. amm.*, <<https://www.giustamm.it/>>.
- Ziller J. 2014, *Social Market Economy as an Objective According to Article 3 of the Treaty on the European Union*, in *The EuroAtlantic Union Review*: 77 sgg.

PARTE QUINTA
CONTRATTI E FINANZIAMENTI

I CONTRATTI PUBBLICI COME STRUMENTO DI ACCENTRAMENTO

Fabrizio Fracchia

SOMMARIO – 1. Premessa e delimitazione dell'oggetto dell'analisi. 2. Il versante dell'art. 117 Cost.; l'accentramento della disciplina: 'movimento' verso lo Stato o, spinto dalla concorrenza, 'movimento' verso l'Europa? 3. Accentramento e mutamento funzionale della disciplina: conseguenze e riflessi; decentramento rispetto al Codice civile e al Codice del processo amministrativo. 4. Ancora sul mutamento funzionale: la necessità di una visione molto più sfumata e assai più articolata. 5. In particolare: l'interesse al buon uso delle risorse pubbliche e al risparmio di spesa. 6. Il versante dell'art. 118 Cost.; un diverso tipo di accentramento: le funzioni amministrative, i poteri di acquisto e la redazione dei bandi. 7. La forza centripeta di alcuni istituti contrattuali. 8. Conclusioni.

1. Premessa e delimitazione dell'oggetto dell'analisi

Pur trattandosi di negozi privati nel cui schema causale non entra direttamente il perseguimento di un bisogno collettivo, i contratti, anche dal punto di vista storico, costituiscono uno degli strumenti giuridici più importanti mediante i quali le amministrazioni curano tradizionalmente interessi pubblici.

L'attività contrattuale pubblica, dunque, è da sempre oggetto di accurata disciplina ed è collocata al centro dell'interesse della dottrina, prestandosi a essere studiata sotto molteplici punti di vista.

Intanto (come logica conseguenza di quanto sopra ricordato), risultato della spendita di autonomia, i contratti pubblici vanno collocati all'interno dello studio dell'azione pubblica, al contempo inducendo a riflettere in ordine alla latitudine della presenza di norme derogatorie rispetto al paradigma privatistico.

Proprio in ragione di quanto testé osservato, inoltre, queste figure interrogano lo studioso circa il rapporto e il condizionamento reciproco tra potere amministrativo esercitato dal contraente pubblico e contratto privatistico.

L'attività contrattuale, poi, si lega tradizionalmente al tema dall'uso di risorse pubbliche, che presenta rinnovate implicazioni anche alla luce del principio costituzionale della sostenibilità finanziaria di cui all'art. 81 Cost.

I contratti sono altresì strumenti il cui valore economico complessivo è molto importante sul piano del mercato italiano ed europeo (v. § seguente), e, quindi, risultano una leva essenziale dell'intervento pubblico nell'economia e fattori di potenziale disturbo del libero gioco della concorrenza.

Si aggiunga che il fenomeno dell'attività contrattuale richiede di essere analizzato in un'ottica interdisciplinare (diritto pubblico, disciplina sulla concorrenza, diritto privato), anche tenendo conto delle discipline economiche.

Infine, guardando ai contratti e alla relativa disciplina si può misurare il grado di penetrazione del diritto europeo, lo spazio di autonomia degli enti pubblici, l'ampiezza dei poteri dei giudici, l'intensità della vigilanza e della regolazione.

Nell'economia del presente studio, il 'taglio' prescelto è quello dell'accentramento.

Richiamando (soltanto) alcuni tra i molteplici esempi che possono essere ipotizzati, s'intende cioè verificare se, attraverso la (e in occasione della) disciplina dei contratti e dell'attività contrattuale dell'amministrazione, si sia verificato uno spostamento verso il 'centro' di potestà legislative e di funzioni amministrative, fenomeno la cui rilevanza risulterebbe immediatamente evidente, considerando la traiettoria evolutiva del sistema istituzionale italiano che, negli ultimi anni, ha viceversa conosciuto un certo *favor* per il 'decentramento' e per le autonomie, come tendenzialmente confermato dall'attuale disciplina di cui agli artt. 117 e 118 Cost.

Nel caso in cui all'interrogativo si ritenga possibile fornire una risposta positiva, si cercherà contestualmente di comprendere la portata e le ragioni del fenomeno (soprattutto guardando al tema della crisi che ha caratterizzato e afflitto il mondo occidentale negli ultimi anni) e le prospettive future, anche sul piano organizzativo.

Per altro verso, si tenterà di verificare se l'accentramento sia accompagnato da un fenomeno di 'espansione' e, cioè, di tendenziale estensione d'istituti e di principi nati nell'area dei contratti ad altri settori del diritto e ad altri ambiti di attività dell'amministrazione: una tendenza, cioè, a condurre, verso il 'centro', costituito dal contratto, istituti diversi e da esso lontani. Va infine aggiunto che, anche in ragione del taglio prescelto (si tratta, in sostanza, di un lavoro che intende proporre una 'tesi' e non già fare il punto su di un istituto o ricostruirne compiutamente l'evoluzione) e dell'esigenza di contenere entro limiti ragionevoli le dimensioni dell'indagine, i riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza saranno strettamente limitati ai lavori e alle decisioni più significative, non potendosi ovviamente dare conto di tutta l'imponente letteratura in materia e del complesso sviluppo giurisprudenziale che nella stessa si è registrato (*ex multis*, v. Benedetti, 1999; Cerulli Irelli, 2003; Cafagno, 2001 e 2006; Scoca, 2008; Cafagno *et al.*, 2013; Caranta, 2012; Massera, 2011; Cartei, 2008; Fracchia, Gili, 2013; Sorace, 2013).

2. Il versante dell'art. 117 Cost.; accentramento della disciplina: 'movimento' verso lo Stato o, spinto dalla concorrenza, 'movimento' verso l'Europa?

Nel nostro ordinamento, a conclusione di una parabola evolutiva molto articolata e complessa, la disciplina dei contratti pubblici è confluita in un apposito codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

Dal punto di vista contenutistico, essa riflette la normativa di origine europea¹. La recente approvazione delle Direttive del 2014 (23/2014/UE, 24/2014/UE e 25/2014/UE), in particolare, è destinata a incidere notevolmente sul quadro interno, al contempo confermando la forza espansiva del diritto europeo (che ha esteso il campo di applicazione delle nuove direttive fino a comprendere anche le concessioni). La stessa terminologia oggi impiegata dal legislatore e l'intonazione stilistica delle leggi sono sostanzialmente di derivazione comunitaria.

L'interesse, a livello comunitario, per un settore così cruciale come quello delle commesse pubbliche, si spiega soprattutto in ragione del fatto che esse occupano una quota assai significativa del mercato comunitario².

Il diritto dell'Unione europea, fortemente preoccupato di innescare dinamiche concorrenziali, non solo ha svolto un ruolo essenziale in ordine alla definizione dei caratteri essenziali e dei confini della disciplina, ma ha anche spinto verso la riconduzione nell'area degli appalti di strumenti affini o alternativi, quali le concessioni.

Da questo punto di vista, il 'centro' da cui promana la disciplina è quello europeo, che, perseguendo l'obiettivo di introdurre artificialmente la concorrenza nell'azione contrattuale delle amministrazioni, sottopone le commesse pubbliche alla propria regolamentazione.

Quel centro, poi, è incisivamente presidiato dal giudice comunitario che ha contribuito in maniera rilevante ad affinare e forgiare istituti e regole, spesso sostanzialmente recepite dalle Direttive.

Non si può tacere un secondo e correlato fenomeno: la normativa sui contratti è pure un 'fattore' di accentramento (questa volta sì, verso lo Stato, che, tradizionalmente, prima dell'avvento delle Regioni nel nostro ordinamento presidiava il settore della contrattualità pubblica). Questo esito è da legare al tentativo, coronato da successo, del legislatore statale di riaffermare la sussistenza di un proprio titolo a disciplinare i contratti pubblici, indipendentemente dal livello dell'amministrazione coinvolta.

Diversi gli 'agganci' invocati o riconducibili alle materie di cui all'art. 117 Cost. (dall'ambiente – si pensi al tema del *green public procurement* – e altri interessi sociali, oggetto di specifico contributo nell'ambito del presente volume, all'ordinamento civile, passando, soprattutto, per la tutela della concorrenza).

In questa sede merita una specifica menzione proprio la tutela della concorrenza (Fracchia, Gili, 2013; Corso, 2006).

Secondo C. cost., 23.11.2007, n. 401 (in proposito, v. i commenti di Corso, Fares, 2008; Chirulli, 2008; Mangani, 2008; Lacava, 2008), decisione che ha scrutinato la legittimità costituzionale del codice dei contratti, e, dunque, di una fonte statale, aprendo la via a un corposo filone giurisprudenziale³, le disposizioni contenute nel codice vanno ricondotte alla competenza statale in materia di «tutela della concorrenza» (art. 117, co. 2, lett. e).

In sostanza, la Corte costituzionale afferma con chiarezza che la disciplina sulla contrattazione delle amministrazioni pubbliche deve raccordarsi con le esigenze di un mercato in cui vanno preservate le aspettative delle imprese.

Ai nostri fini, è soprattutto di rilievo il fatto che, secondo la Consulta, la conclusione trova sicuro ancoraggio nell'influenza del diritto dell'Unione europea, matrice essenziale della nuova caratteristica funzionale della disciplina sui contratti pubblici.

3. Accentramento e mutamento funzionale della disciplina: conseguenze e riflessi; decentramento rispetto al codice civile e al codice del processo amministrativo

In sintesi, guardando alla disciplina dei contratti pubblici si nota che l'accentramento normativo, se inteso come uniformità di disciplina, riflette la crescente importanza del diritto europeo; esso, poi, è stato 'giustificato' dalla Corte costituzionale, che ha contestualmente affermato la legittimità costituzionale della disciplina 'centrale' statale, riconducendo la normativa del codice dei contratti al titolo 'tutela della concorrenza', scelta che ha contestualmente comportato il riconoscimento di un mutamento funzionale della stessa, 'votata' alla tutela della concorrenza ('per' il mercato).

L'ingresso della concorrenza nel tessuto normativo di questo settore non è privo di conseguenza. Si possono al riguardo ricordare l'incidenza sulla tematica della risarcibilità della lesione di interessi legittimi o i riflessi sulla qualificazione dell'illecito commesso dall'amministrazione che viola le regole di gara (che, alla luce della decisione C. giust., 30.9.2010, C-314/09, *Stadt Graz c. Strabag AG e altri*, pare configurare un caso di responsabilità oggettiva). Istituti quali l'avvalimento e le concessioni, inoltre, hanno mutato la propria fisionomia originaria proprio in ragione dell'esigenza di valorizzare l'apertura al confronto concorrenziale. Un'altra importante conseguenza attiene al regime delle tutele (in generale, v. Chiappa, 2014; Torchia, 2014). Il codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104) delinea, in particolare, un rito speciale caratterizzato da una specifica disciplina della 'sorte' del contratto (*rectius*: la proiezione, sul contratto dei profili patologici della fase di aggiudicazione precedente accertati dal giudice) e dei poteri del giudice. Viene soprattutto in rilievo il caso delle 'violazioni gravi' di cui all'art. 121, c.p.a. Premesso che si accentua il profilo pubblicistico del contratto (la cui sorte è decisa dal giudice: v. Liguori, 2014: 18), proprio l'analisi delle conseguenze che sul contratto produce l'illegittimità della procedura ad evidenza pubblica mostra come la 'concorrenza' reagisca sul regime dell'istituto: l'inefficacia in caso di violazioni gravi, infatti, si configura come 'sanzione' della violazione delle norme sulla concorrenza. Il giudice amministrativo è il signore dell'apprezzamento della concorrenza e il guardiano delle relative regole,

quasi a guisa di soggetto delegato dall'Unione ad applicare quelle che la seconda direttiva ricorsi (Direttiva 66/2007/Ce) chiama «sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive». Il contratto, dunque, è solo un tassello di un mosaico più vasto, mentre il processo si configura come una sorta di prolungamento della vicenda sostanziale, tutta sbilanciata sul versante della concorrenza, la quale va fatta rispettare e ripristinata anche in sede, appunto, processuale. Infine, pure la tipizzazione delle cause di esclusione (con la contestuale riduzione dei poteri discrezionali delle amministrazioni: art. 46, co. 1 *bis*, codice dei contratti) può essere letta come innovazione giustificata (anche) dall'esigenza di garantire la concorrenza.

Guardando nel complesso (e nell'ottica dell'assetto della normativa) al quadro descritto nel corso delle pagine precedenti, è evidente che la regolazione dei contratti (sul versante sostanziale) si profila come eccentrica rispetto al codice civile, sede naturale della regolamentazione dei contratti di diritto privato; sotto il profilo processuale, si verifica un fenomeno in parte analogo: la disciplina del rito sui contratti pubblici, condizionata dalle c.d. direttive ricorsi (v. Direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, n. 89/665), è ora contenuta nel codice del processo amministrativo; tuttavia, esso esibisce peculiarità molto marcate, tanto da configurarsi come un rito speciale (rispetto a quello ordinario), anche in ragione di poteri molto peculiari attribuiti al giudice amministrativo. In ogni caso, si conferma la tendenza a veicolare al 'centro' (a sua volta articolato lungo i due poli, quello europeo, con il suo baricentro costituito dal formante giurisdizionale, e quello statale) la disciplina sostanziale e processuale dei contratti; essa pare determinata soprattutto da una sorta di visione paneuropea e concorrenziale del fenomeno dei contratti.

4. Ancora sul mutamento funzionale: la necessità di una visione molto più sfumata e assai più articolata

Invero, la prospettiva della valorizzazione della concorrenza non deve essere enfatizzata oltre misura.

Intanto, vi è uno spazio residuo, seppur in realtà esiguo, per le regioni a statuto speciale, applicando il principio secondo cui lo statuto è norma di maggior favore per l'ente dotato di autonomia speciale. La giurisprudenza della Corte costituzionale, a partire dalla decisione 17 febbraio 2010, n. 45, occupandosi delle regioni e delle province autonome i cui statuti speciali attribuiscono una competenza esclusiva in materia di lavori pubblici d'interesse rispettivamente regionale e provinciale, ha escluso che la riforma del Titolo V abbia potuto comprimere la precedente autonomia e ha statuito che essi possono continuare a legiferare.

Nella prassi, soprattutto con riferimento ai contratti attivi (v. Cortese, 2015), le operazioni contrattuali degli enti locali sono inoltre spesso disciplinate da re-

golamenti locali che tendono a disegnare una normativa non sempre in linea con quella nazionale.

Per altro verso, sul versante degli interessi curati, all'interno della cit. sentenza Corte cost. n. 401/2007 non mancano riferimenti a valori diversi dalla concorrenza. Al punto 6.7 della motivazione, ad esempio, si fa cenno al fatto che 'gran parte' della disciplina trova 'sicura legittimazione' nella tutela della concorrenza. Per esclusione, ciò rivela che, seppure residualmente, vi è un'eccedenza di contenuto normativo rispetto a questo valore.

In senso opposto rispetto a un'indiscriminata e troppo polarizzata lettura para-concorrenziale della disciplina sui contratti, va altresì sottolineata l'esistenza di altri due 'nuclei' normativi all'interno del codice: pur recependo in modo massiccio la disciplina dell'Unione europea e sottolineando l'importanza 'espansiva' dei relativi principi, infatti, l'art. 2, d.lgs. 163/2006, richiama la l. 8 agosto 1990, n. 241 e, all'u.co., precisa che «per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale [...] si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile». Le difficoltà di abbandonare del tutto la tradizionale visione dell'evidenza pubblica come modello finalizzato a proteggere l'interesse pubblico secondo una logica procedurale assimilabile a quella che informa i normali procedimenti amministrativi sono confermate dal complicato meccanismo dei controlli (artt. 11 e 12, d.lgs. 163/2006) e del collaudo.

Pure sul significato della concorrenza occorre intendersi: mentre l'art. 41 Cost., fonda una situazione soggettiva di libertà individuale, il diritto dell'Unione europea esprime prevalentemente un «modello di relazioni economiche e giuridiche», ponendo l'apertura del mercato – tale osservazione vale, quanto meno, per il mercato degli appalti – e la libera competizione come premessa per lo svolgimento delle libertà e, dunque, è molto più invasivo, con rischi anche di dirigismo economico (Cintioli, 2009).

La concorrenza, poi, è più marcata nella fase di scelta del contraente e, fatte salve ipotesi specifiche (si pensi agli accordi quadro o a vicende specifiche del rapporto), assai meno in quella di esecuzione del contratto, dove prevale l'interesse al corretto adempimento dell'obbligazione con un certo sbilanciamento a favore dell'interesse pubblico, testimoniato dai c.d. poteri speciali di cui gode il contraente pubblico.

Il quadro, tuttavia, è ancora più mosso, nel senso che, come effetto della crisi, anche l'interesse concorrenziale si articola e, in qualche modo, si fraziona e si complica. Si intende qui far riferimento alla disciplina, contenuta nella normativa sulla c.d. *spending review* (d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. nella l. 7 agosto 2012, n. 135), che, modificando il codice dei contratti, valorizza il ruolo delle piccole e medie imprese.

L'interesse alla concorrenza, poi, è meno rilevante ove si faccia questione di contratti attivi (Manfredi, 2015; Lotti, 2008). La disciplina di base è costituita dall'art. 3, r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 (non abrogato dal d.lgs. 163/2006), ai sensi del quale l'asta è obbligatoria per i contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato, salvo che per circostanze e ragioni particolari non sia opportuno far ricorso alla licitazione. Invero, numerose disposizioni speciali (e, come già osservato, regolamenti locali) derogano a questa disciplina (in particolare, in materia di dismissione di beni pubblici e di azioni societarie possedute da soggetti pubblici: art. 1, d.l. 31 maggio 1994, n. 332, conv. nella l. 30 luglio 1994, n. 474). In ogni caso, premesso che le nuove direttive del 2014 non intercettano questa tematica (Massera, 2000), in ordine ai contratti attivi, piuttosto che il principio di concorrenza (anche se tale valore non è irrilevante, in particolare in caso di cessione di quote azionarie, ove l'azione pubblica può condizionare le dinamiche di mercato), emergono il valore dell'imparzialità e, soprattutto, l'interesse al buon uso delle risorse pubbliche e l'esigenza di far cassa⁴.

Tornando ai contratti passivi, più in generale, la relativa disciplina dà costantemente rilevanza a interessi diversi: si pensi alla tutela dell'ambiente, che addirittura induce a parlare di *green public procurement* (*ex multis*, v. Clarich, 2007; Cafagno, 2007: 410 sgg.; Occhiena, 2008; Gaverini, 2009; Schizzerotto, 2004), e alle esigenze sociali.

Un interesse, ancora differente e comunque molto forte, che emerge investendo anche il settore dei contratti è quello della trasparenza, valorizzato dalla l. 6 novembre 2012, n. 190 (l. anticorruzione) e dal d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33.

In tutti questi casi si verifica ancora una volta una tendenziale centralizzazione della disciplina normativa che 'gestisce' i vari interessi, spesso a livello comunitario e sempre nel contesto nazionale.

Un ulteriore fattore di accentrimento è costituito dall'approccio emergenziale, legato ai grandi eventi o alle situazioni eccezionali, in ordine alle quali il livello statale si sente legittimato a intervenire con norme peculiari, di solito in deroga alle procedure standard (*ex multis*, v. d.l. 15 maggio 2012, n. 59, conv. nella l. 12 luglio 2012, n. 100 e d.l. 26 aprile 2013, n. 43, conv. nella l. 24 giugno 2013, n. 71, con riferimento a Expo).

5. In particolare: l'interesse al buon uso delle risorse pubbliche e al risparmio di spesa

Anche e soprattutto a cagione della crisi che ha colpito anche l'Europa e l'Italia negli ultimi anni, un interesse emerge tra gli altri in modo sempre più evidente in seno al tessuto normativo: si tratta dell'esigenza di garantire il buon uso delle risorse pubbliche.

Basti citare, al riguardo, il secondo considerando della recente Direttiva 2014/24/UE, il quale afferma che «la precedente disciplina dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l'efficienza della spesa pubblica».

Sul piano interno, a tacere del livello Costituzionale e della modifica di disposizioni quali l'art. 81 e l'art. 97 Cost. (*ex multis*, v. Perez, 2012; Dickmann, 2012; Brancasi, 2012; Luciani, 2013), emblematica è la disciplina sulla c.d. *spending review*, posta dal d.l. 6 luglio 2012, n. 95, cit., che prevede la sanzione della nullità per i contratti stipulati in violazione dell'art. 26, co. 3, l. 23 dicembre 1999, n. 488 (tale articolo contempla convenzioni per l'acquisto di beni e di servizi) e in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. (D'amico, 2015).

La disciplina incide pesantemente anche sul regime del contatto (Liguori, 2014), in particolare sulla stabilità delle pattuizioni, anche di quelli già stipulati, avvicinando gli stessi agli accordi di cui all'art. 11, l. 241/1990 e indebolendo il lato privatistico del rapporto (v., ad esempio, quanto prevede l'art. 1, co. 13, d.l. 95/2012). Facoltà di riduzione degli importi (salva la possibilità dell'altro contraente di recedere) e di rinegoziazione sono previste pure dall'art. 8, d.l. 24 aprile 2014, n. 66, conv. nella l. 23 giugno 2014, n. 89.

A guardare congiuntamente le vicende evolutive indotte dall'irruzione dei due principali interessi nell'ambito della contrattazione pubblica (concorrenza e sostenibilità finanziaria: v. Fracchia, Gili, 2013), si può notare come la torsione funzionale subita dall'istituto dei contratti abbia sicuri effetti sull'assetto complessivo della disciplina. Tutto ciò, tuttavia, non segue traiettorie omogenee. La concorrenza porta a considerare come prioritaria l'esigenza di tutelare gli imprenditori (*recte*: il loro interesse è occasionalmente protetto se compatibile con la concorrenza) piuttosto che l'amministrazione (valorizzando i poteri del giudice), mentre il buon uso delle risorse pubbliche attenua la difesa 'del' contraente, ponendo fortemente in crisi il dogma della stabilità della relazione negoziale.

Dal punto di vista della libertà di iniziativa privata dell'impresa, essa evapora dapprima in una concorrenza oggettivata e calibrata dall'ordinamento e, poi, viene schiacciata dalle esigenze di risparmiare risorse.

6. Il versante dell'art. 118 Cost.; un diverso tipo di accentramento: le funzioni amministrative, i poteri di acquisto e la redazione dei bandi

Dopo aver analizzato il tendenziale 'accentramento' dalla produzione normativa in tema di appalti, è ora opportuno trattare del fenomeno, analogo, che si verifica con riferimento alle funzioni amministrative.

Esso è giustificato e indotto non soltanto dall'interesse della concorrenza, ma pure da due ordini di interessi diversi. Si tratta, da un lato, ancora una volta, delle esigenze di *spending review* (a sua volta oggi connesso al principio della sostenibilità finanziaria e scaturente dalla pressante esigenza di arginare la crisi economico-finanziaria) e, dall'altro, della necessità di ovviare (per usare un'espressione ancora generica) alla crisi della legalità.

Giova iniziare l'analisi dai poteri di acquisto, la cui allocazione ha recentemente subito un processo di attrazione verso l'alto, come effetto della normativa⁵ che prevede la figura dei soggetti aggregatori, costituiti dalla Consip e da una centrale di committenza (v. Tomei, Sciancalepore, 2008: 177; Caranta, 2005; Di Lullo, 2013; Mataluni, Fidone, 2014) per ogni regione. Il numero degli acquirenti pubblici sul mercato dovrebbe così drasticamente ridursi a soli 35 soggetti⁶.

Il fenomeno dell'aggregazione e dell'accentramento della domanda è evidentemente imposto al fine di conseguire risparmi di spesa.

L'accentramento della domanda, invero, parrebbe rispondere pure a esigenze di contrasto nei confronti del fenomeno della corruzione (v. anche *infra*), anche se il conseguimento di questo obiettivo richiederà un forte incremento della trasparenza nel processo di acquisto.

Invero, non è da escludere che siffatta aggregazione produca, sotto profili diversi, effetti non virtuosi (e si ponga in potenziale contrasto con altri interessi, in particolare con quello della concorrenza: sul punto, v. considerando n. 59 della Direttiva 24/2014/UE). Qui la concorrenza minacciata è quella relativa all'aspirazione anche delle piccole imprese di competere. Non mancano, tuttavia, altri momenti di emersione di una tensione tra *spending review* e concorrenza. Si è ad esempio deciso che il rinnovo *ex lege* delle convenzioni con la Consip (previsto per conseguire risparmi per le finanze pubbliche) si pone in contrasto con il diritto comunitario, ispirato alla tutela della concorrenza⁷. Più in generale, questo fenomeno di sussidiarietà ascendente (con una vera e propria sottrazione agli enti locali di spazi di azione), che implica una completa riorganizzazione dei processi di acquisto, potrebbe produrre ulteriori conseguenze, di più ampio respiro. Occorre ribadire che le amministrazioni (si pensi agli enti locali) usano i contratti come strumenti per gestire gli interessi pubblici e ai fini del rafforzamento del consenso, mentre i soggetti aggregatori sono entità prive di analoga legittimazione politica diretta e di un ancoraggio alla comunità locale. Il loro ruolo dovrebbe dunque essere esclusivamente tecnico, senza potersi allargare fino a definire elementi relativi alla strategia complessiva. Talora si ha invece l'impressione che il ruolo di alcune centrali regionali sporga sull'area istituzionale dell'ente, implicando con scelte di pertinenza delle stesse: tutto ciò potrebbe creare tensioni e 'irritazioni' (nel senso luhmanniano del termine: v. Fracchia, 2011).

L'analisi dell'aggregazione della domanda, appena condotta, comunque, ha già fatto emergere, accanto all'interesse del risparmio di spesa, anche l'obiettivo del contrasto dell'illegalità e della corruzione. Il movimento "accentratore", indotto dal perseguimento di tale finalità, può essere colto guardando anche a un altro fenomeno e, cioè, all'affermazione di uno specifico profilo del soggetto pubblico creato a presidio del settore dei contratti che, pure in questo caso, conduce a una compressione degli spazi di autonomia degli enti pubblici, anche di quelli non statali.

Ci si riferisce all'istituzione dell'ANAC (v. Manganaro, 2012; Manganaro, Romano Tassone, Saitta, 2014; Immordino, Gullo, Celone, 2014; Mattarella, Pelissero, 2013; Del Vecchio, Severino, 2014; Cantone, Merloni, 2015; Mattarella, 2013; Manganaro, 2014) e all'attribuzione a tale autorità d'importanti compiti di vigilanza e di controllo, anche ai sensi del d.l. 24.6.2014, n. 90, conv. in l. 11.8.2014, n. 114.

A tacere delle funzioni connesse alla trasparenza e in generale all'anticorruzione, con specifico riferimento agli appalti è sufficiente ricordare, accanto all'intensa attività di vigilanza 'ereditata' dall'AVCP (art. 6, d.lgs. n. 163/2006; v. anche all'art. 10, d.l. 66/2014; si aggiungano i poteri ispettivi e sanzionatori), che il Presidente dell'ANAC, in presenza di fatti gravi di corruzione propone al Prefetto competente di ordinare la rinnovazione degli organi sociali, o, addirittura, di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione dell'appalto. Pure le varianti in corso d'opera debbono essere comunicate all'ANAC ai sensi dell'art. 37, d.l. n. 90/2014. All'organo monocratico del Presidente è stato poi attribuito il potere di formulare proposte al Commissario unico delegato per l'Expo Milano 2015 per la corretta gestione delle procedure di appalto per la realizzazione dell'evento, nonché di svolgere funzioni di controllo e vigilanza preventiva su tutti gli appalti per il grande evento dell'Expo 2015, anche istituendo una unità operativa speciale che operi a suo diretto supporto (Di Cristina, 2014).

L'autorità è oggi soprattutto impegnata, dunque, a contrastare illegalità e corruzione: il mutamento del suo nome e l'arricchimento dei suoi poteri lo confermano.

Un ultimo esempio di accentramento di funzioni (questa volta, però, soprattutto giustificato invocando la tutela della concorrenza: in generale, v. C. cost., 15.3.2013, n. 41) attiene alla redazione dei bandi. Ai sensi dell'art. 64, c. 4 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006, il bando-tipo (v. Clarizia, 1991) redatto dall'ANAC costituisce lo schema di riferimento per le amministrazioni. La determinazione n. 4 dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici del 10 ottobre 2012, lo ha definito «quadro giuridico di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara». Analogamente, va ri-

cordato il potere dell'autorità dei trasporti di definire gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare e a stabilire i criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici (art. 36, d.l. 6.12.2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22.12.2011, n. 214, e s.m.i., istitutivo dell'Autorità di regolazione dei trasporti).

7. La forza centripeta di alcuni istituti contrattuali

Si è fin qui discusso di accentramento di funzioni normative e di movimento ascensionale che ha investito alcune funzioni amministrative nel settore dei contratti.

Un movimento diverso, che può essere descritto utilizzando il termine 'accentramento', ma secondo un'accezione diversa, attiene all'estensione degli istituti contrattuali e, cioè, all'attrazione di altre figure giuridiche verso il 'centro' costituito dalla disciplina dei contratti pubblici.

In questo caso, il fattore determinante è tradizionalmente costituito dalla tutela della concorrenza, interesse che, come spesso accade e come ha mostrato l'analisi svolta nel corso dei paragrafi precedenti, spesso è dotato di una sorta di forza attrattiva significativa ma poco attenta alle sfumature e alle esigenze specifiche, le quali tendono al più a emergere nel tempo, non appena quella forza ha trovato un minimo di assestamento e di quiete.

Un esempio abbastanza evidente di tale fenomeno è costituito dalla disciplina delle concessioni (v. Fidone, 2015; Montedoro, 2005; Fracchia, 2007; Goisis, 2011; Pellizzer, 1990; Sorace, Marzuoli, 1989; D'Alberti, 1981) che, progressivamente, al fine di evitare elusioni delle regole sulla concorrenza, si è avvicinata (probabilmente, talora, anche troppo) a quella dettata per gli appalti. Non è un caso che nel 2014 l'Unione europea abbia addirittura dedicato una specifica Direttiva alle concessioni, precedentemente soltanto lambite dalla disciplina degli appalti.

Un secondo esempio riguarda la penetrazione della concorrenza negli accordi tra enti pubblici di cui all'art. 15, l. n. 241/1990. In ragione della dilatazione della nozione di «operatore economico», la disciplina degli appalti può interessare anche i rapporti tra due amministrazioni. A partire dalla decisione Corte giust., 13.1.2005, C-84/03, *Commissione c. Regno di Spagna*, che per la prima volta ha chiarito come gli accordi di cooperazione tra enti non possano essere esclusi, solo in quanto tali, dalla normativa sugli appalti (Soncini, 2013), e passando per altre decisioni (v. ad es. Corte giust., 9.6.2009, C-480/06, *Amburgo* e Corte giust., 19.12.2012, C-159/11, *ASL Lecce*⁸), si è giunti a una disciplina espressa che, pur non recependo integralmente l'evoluzione della giurispruden-

za, segna oggi un punto fermo (v. art. 12, par. 4, direttiva 2014/24/UE sui settori ordinari, art. 28, par. 4., della direttiva 2014/25/UE per i 'settori speciali' e art. 17, par. 4, della direttiva 2014/23/UE per le concessioni). Il meccanismo della gara può essere disattivato ove ricorrano le seguenti condizioni: «a) il contratto stabilisce o realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti, finalizzata a garantire che i servizi pubblici che esse sono tenute a svolgere siano prestati nell'ottica di conseguire gli obiettivi che esse hanno in comune; b) l'attuazione di tale cooperazione è retta esclusivamente da considerazioni inerenti all'interesse pubblico; e c) le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione»⁹. Negli altri casi, invece, gli enti pubblici debbono muoversi secondo una logica concorrenziale e la l. 241/1990 andrà integrata con la disciplina di matrice comunitaria. La stessa terminologia impiegata (partenariato pubblico-pubblico), ricordando quella del partenariato privato-pubblico, conferma che queste relazioni intersoggettive pubbliche sono viste come operazioni contrattuali, svalutandosi il profilo istituzionale e organizzativo.

In verità si assiste anche un fenomeno opposto, che peraltro è stato in parte arginato. Si tratta della penetrazione, all'interno della logica del contratto, di istituti tipici della disciplina pubblicistica, quali la possibilità di incidere sulla stabilità del rapporto al fine di tutelare l'interesse pubblico (La Rosa, 2012). Se Cons. St., ad. plen., 20.6.2014, n. 14, sottolineando la specialità della previsione del recesso, ha escluso l'esercizio della revoca con la conseguente possibilità di incidere sul contratto già stipulato, rimane ferma l'osservazione, più sopra svolta, relativa alla possibilità per l'amministrazione di incidere unilateralmente sulla stabilità del contratto in nome dell'interesse al buon uso delle risorse (§ 5).

8. Conclusioni

In sintesi, è possibile osservare che l'accentramento normativo, descritto nei §§ 3-5, è stato in parte indotto dal diritto europeo e, in parte, è risultato il frutto di un movimento più 'domestico', anche e soprattutto alimentato dalla crisi economica.

Concorrenza e *spending review* costituiscono obiettivi che l'ordinamento europeo impone agli Stati di conseguire; tuttavia, quell'ordinamento non richiede affatto l'allocazione delle funzioni legislative a livello statale, preoccupandosi più semplicemente che il risultato finale venga assicurato; né la disciplina costituzionale contempla univoche indicazioni in tal senso. È piuttosto il nostro legislatore, sostenuto dalla Corte costituzionale, che, invocando (e ispirandosi a) quegli obiettivi, ha ritagliato una categoria – per così dire – di super-interessi (a essa ascrivendo concorrenza e buon uso delle risorse) per giustificare interventi

del livello statale che ha progressivamente compresso gli spazi di disciplina differenziata riservati ai diversi livelli politico-istituzionali¹⁰.

Quell'accentramento, in ogni caso, ha prodotto una serie di effetti.

Si è visto che molti istituti hanno assunto caratteri diversi rispetto al passato; la tutela, poi, si è in parte plasmata sull'esigenza di assicurare una corretta dinamica concorrenziale, quasi che la misura adottata dal giudice costituisca una sanzione per chi abbia 'osato' violare il valore della concorrenza (§ 3). Pure l'ingresso di altri interessi (trasparenza, ambiente – § 4 – e, soprattutto, risparmio di spesa: § 5) ha avuto conseguenze importanti, ad esempio sulla stabilità dei contratti.

All'accentramento normativo si è accompagnato, determinato soprattutto da esigenze di conseguire risparmi di spesa e dalla volontà di contrastare la corruzione, un accentramento delle funzioni (§ 6), che rischia di ridurre notevolmente gli spazi di autonomia soprattutto degli enti locali. Al di là della linea di sviluppo segnata (e declamata) a livello Costituzionale con la riforma del Titolo V nel 2001, dall'esame del tessuto normativo si coglie così la volontà di sterilizzare la politica e di arginare le relative scelte adottate in un contesto non centrale, anche se poi la 'natura delle cose' reagisce, ad esempio con la previsione di discipline spesso ampiamente derogatorie attraverso l'adozione di regolamenti locali o con l'imporsi di prassi divergenti, non catturate da una giustizia amministrativa in ordine alla quale si tende a restringere l'accesso alla tutela. Essenziale, anche in futuro, dovrebbe, invece, rimanere il ruolo della tutela offerta dal giudice amministrativo (che per natura e tradizione è in grado di garantire una lettura equilibrata dei vari interessi in gioco), anche se scelte quali l'innalzamento dell'ammontare del contributo unificato rischiano di creare barriere poco giustificabili e di lasciare fasci di rapporti contrattuali non esposti al sindacato giurisdizionale (l'analisi di molti istituti, più in generale, mai dovrebbe trascurare la rilevanza del 'diritto fuori dalle corti').

Infine, la concorrenza tende a condizionare anche istituti originariamente non contrattuali (§ 7).

A tali rilievi possono aggiungersi, in conclusione, tre ordini di considerazioni.

In primo luogo, il legislatore statale ha spesso interpretato il proprio ruolo impegnandosi a moltiplicare le regole, finendo per dar luogo a un quadro giuridico molto complesso e foriero di incertezze applicative, che a loro volta hanno indotto il giudice amministrativo a intervenire costantemente per chiarire e affinare gli istituti.

In secondo luogo, fatti salvi i casi della legislazione emergenziale o relativa a eventi eccezionali, quel quadro (anche in forza della spendita di potestà amministrative, quali sono quelle esercitabili ai fini della lotta alla corruzione), è spesso caratterizzato dall'ansia di standardizzare, con l'obiettivo di ridurre la discrezionalità dell'amministrazione. Ci si può chiedere se questa lettura dell'ac-

centramento in chiave di (forzata) uniformazione sia davvero necessaria e, comunque, opportuna (Cafagno, 2001), anche tenendo conto dell'approccio molto più flessibile che emerge dalla lettura delle Direttive di ultima generazione.

In terzo luogo, occorre ancora indugiare sul fatto, più volte rimarcato nel corso dei §§ precedenti, che, se è rimasta ferma l'ascrizione alla competenza statale della potestà legislativa in materia di contratti, è mutata profondamente la prospettiva funzionale che caratterizza la disciplina.

Questa evoluzione ha seguito un andamento quasi triadico, nel senso che, a fronte dell'ingresso di un nuovo valore, spesso salutato (anche dalla dottrina) come l'interesse in 'antitesi' e vincente, in grado di scalzare i precedenti e atto a costituire la definitiva matrice della disciplina, si è assistito con il tempo all'imporsi di una sintesi con i precedenti valori, con la conseguenza di inglobare quell'interesse nel tessuto normativo, contemperandolo con gli altri.

Così abbiamo vissuto prima l'era della concorrenza (ma quel valore ha ora varcato i confini dei contratti per attecchire anche sul tronco dei procedimenti: v. *supra* § 7), poi quella della *spending review* e, infine, quella della moralizzazione. Si tratta di valori tutti presenti, più o meno sottotraccia, nella nostra normativa più risalente nel tempo e nella nostra tradizione giuridica; essi, però, hanno ricevuto una evidenziazione più marcata perché sono divenuti oggetto di una specifica disciplina.

Pure l'affiorare dell'interesse alla repressione della corruzione e, cioè, la vicenda più recente, sta comportato una torsione funzionale molto forte, anche in ragione degli incisivi poteri attribuiti all'ANAC (soggetto che si erge a 'signore' di quel valore). L'attività contrattuale posta in essere dall'amministrazione pare soprattutto essere concepita dall'ordinamento come una pericolosa occasione di corruzione piuttosto che come lo strumento per curare bisogni pubblici: si moltiplicano i poteri tradizionali dell'amministrazione che ordina, sanziona e commissaria; il diritto amministrativo sembra non riuscire a sottrarsi al richiamo del diritto penale, pur non muovendosi in un quadro di analoghe garanzie. Al riguardo, tenendo conto che viene colpita la libertà economica, ci si può chiedere se siano accettabili cedimenti sul versante del principio di legalità.

La necessità di trasporre nel nostro ordinamento le direttive di nuove generazione (23/2014/UE, 24/2014/UE e 25/2014/UE), riscrivendo il codice dei contratti, potrebbe costituire l'occasione preziosa per definire un quadro giuridico nuovo, semplificato, equilibrato e più armonico, che eviti superficiali infatuazioni rispetto a un unico interesse e che valorizzi la complessità di tutte le esigenze sopra indicate.

Si tratterebbe di un passo assai importante, anche se non decisivo, posto che la qualità delle operazioni contrattuali continuerà in gran parte a dipendere dalla 'qualità' dell'amministrazione chiamata a gestire la relativa attività.

Note

- ¹ Va premesso che l'art. 179 T.F.U.E., in vigore dal 1° dicembre 2009, volto ad assicurare alle imprese la possibilità di sfruttare appieno le potenzialità del mercato interno dell'Unione fa ora riferimento, in particolare, «all'apertura degli appalti pubblici nazionali».
- ² Al riguardo è utile richiamare un solo dato: secondo le stime europee, il valore degli appalti pubblici (il c.d. *public procurement*) corrisponde a più del 16% del prodotto interno lordo dell'Unione europea (v. Commissione europea, *Acquistare verde! Un manuale sugli Appalti Pubblici ecocompatibili*, in <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_it.pdf>, 12/2016).
- ³ Ricordiamo, in particolare, le seguenti decisioni che, sotto profili diversi e con sfumature differenti, hanno considerato costituzionalmente legittima la compressione degli spazi di intervento normativo regionale: C. cost., 14.12.2007, n. 431; C. cost., 23.12.2008, n. 439; C. cost., 11.12.2010, n. 314; C. cost., 24.7.2009, n. 249; C. cost., 6.11.2009, n. 283; C. cost., 5.1.2011, n. 7; C. cost., 9.3.2012, n. 52. In generale, in precedenza, v. C. cost., 13.1.2004, n. 14.
- ⁴ Emblematica, al riguardo, è la sent. TAR Piemonte, sez. I, 10.7.2015, n. 1155. Si legge nella motivazione che, «l'obbligo di dimissione imposto dalla legge 244/2007 ha potuto trovare valida attuazione attraverso l'acquisto delle partecipazioni da parte di Anas s.p.a., non sussistendo in tal senso preclusioni né di tipo soggettivo (riferite alla natura giuridica del soggetto acquirente), né di tipo oggettivo (riferite all'oggetto dell'investimento)» (nel caso di specie era stata impugnata la decisione del Comune di Torino e della Provincia di Torino di procedere alla dimissione della partecipazione azionaria detenuta in una società pubblica cedendole all'Anas – soggetto pubblico – e non immediatamente su libero mercato).
- ⁵ Art. 9, d.l. 66/2014, conv. nella l. 89/2014.
- ⁶ La disciplina, peraltro, rinvia a un d.p.r. per definire le categorie di beni e di servizi nonché le soglie al superamento delle quali le amministrazioni statali e regionali, con alcune significative eccezioni, quali le scuole, sono obbligate a far ricorso ai soggetti aggregatori; la concentrazione della domanda è peraltro favorita anche per i comuni.
- ⁷ Cons. St., sez. III, 27.3.2014, n. 1486. Nell'ottobre 2014, inoltre, l'Antitrust ha aperto un'inchiesta per alcuni appalti Consip nel settore scolastico e della formazione nella pubblica amministrazione.
- ⁸ V. altresì la Risoluzione del Parlamento europeo del 18 maggio 2010, *Nuovi sviluppi in materia di appalti pubblici*, punti 9-12 e il successivo *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, Bruxelles, 27.01.2011.
- ⁹ Sul piano interno, v. Cons. St., sez. II, 22.4.2015, n. 1175, anche alla luce delle direttive del 2014.
- ¹⁰ Pur se non relativa al tema dei contratti (la decisione è stata infatti occasionata dallo scrutinio di una fonte, la l. 24 dicembre 2012, n. 243, volta a incidere sulla finanza pubblica e a garantire il patto di stabilità), si può richiamare, in quanto espressiva di una linea di accentramento analoga a quella descritta nel testo, e perché molto rilevante, C. cost., 10.4.2014, n. 88.

Riferimenti bibliografici

- Benedetti A. 1999, *I contratti della pubblica amministrazione fra specialità e diritto comune*, Giappichelli, Torino.
- Branca A. 2012, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata della Costituzione*, in *Quaderni costituzionali*: 108 sgg.
- Cafagno M. 2001, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Giuffrè, Milano.
- 2006, *Gare pubbliche*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Giuffrè, Milano: 2651 sgg.
- 2007, *Principi e strumenti di tutela dell'ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Giappichelli, Torino.
- Cafagno M., Botto A., Fidone G., Bottino G. 2013, *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano.
- Cantone R., Merloni F. 2015, *La nuova Autorità anticorruzione*, Giappichelli, Torino.
- Caranta R. 2005, *Le centrali di committenza*, in R. Garofoli, M.A. Sandulli, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/Ce e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, Milano: 261 sgg.
- 2012, *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino.
- Cartei G.F. 2008, *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Cerulli Irelli V. 2003, *Note critiche in tema di attività amministrativa secondo modelli negoziali*, in *Dir. amm.*: 217 sgg.
- Chieppa R. 2014, *Il giudice amministrativo e il mercato: verso una nuova dimensione economica del processo amministrativo?*, in G. Pellegrino, A. Sterpa (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Carocci, Roma: 179 sgg.
- Chirulli P. 2008, *Tutela della concorrenza e potestà legislativa statale in materia di appalti pubblici: il fine giustifica i mezzi?*, in *Riv. trim. appalti*: 739 sgg.
- CINTIOLI F. 2009, *L'ART. 41 DELLA COSTITUZIONE TRA IL PARADOSSO DELLA LIBERTÀ DI CONCORRENZA E IL DIRITTO DELLA CRISI*, in *DIRITTO E SOCIETÀ*: 373 sgg.
- Clarich M. 2007, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato*, in *Dir. pubbl.*: 219 sgg.
- Clarizia A. 1991, *Rapporti stato-regioni in tema di appalti pubblici - Un esempio eclatante: il bando tipo*, in *Riv. amm.*: 1940 sgg.
- Corso G. 2006, *La tutela della concorrenza*, in G. Corso, V. Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, Giuffrè, Milano, I: 26 sgg.
- Corso G., Fares S. 2008, *Il codice dei contratti pubblici: tra tutela della concorrenza e ordinamento civile*, in *Foro it.*, I: c. 1799.
- Cortese F. 2015, *Relazione al Convegno su I contratti attivi*, Milano, Università Bocconi, 30 aprile 2015.
- D'Alberti M. 1981, *Le concessioni amministrative*, Jovene, Napoli.
- D'Amico G. 2015, *Spending review e indebolimento del vincolo contrattuale*, in *Dir. dell'economia*: 335 sgg.

- Del Vecchio A., Severino P. 2014, *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, Padova.
- Di Cristina F. 2014, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*: 1023 sgg.
- Di Lullo M. 2013, *Soggetti privati «pubbliche amministrazioni» ai sensi delle norme di contabilità e finanza pubblica*, in *Foro Amm. CDS*, 12: 3579 sgg.
- Dickmann R. 2012, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Federalismi.it*.
- Fidone G. 2015, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. trim. dir. pub. com.*: 150 sgg.
- Fracchia F. 2007, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Giuffrè, Milano: 250 sgg.
- 2011, *I fannulloni pubblici e l'irritazione di Brunetta*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Fracchia F., Gili L. 2013, *Ordinamento dell'unione Europea, mercato, risorse, pubbliche e contratti della pubblica amministrazione. Profili sostanziali e processuali*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Gaverini F. 2009, *Attività contrattuale della p.a. e protezione dell'ambiente: gli appalti verdi*, in *Riv. giur. edilizia*: 153 sgg.
- Goisis F. 2011, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessione di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*: 729 sgg.
- La Rosa G. 2012, *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*: 1453 sgg.
- Lacava G. 2008, *I contratti pubblici tra Stato e regioni e la tutela della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*: 624 sgg.
- Liguori F. 2014, *Politiche di liberalizzazione e attività contrattuale della pubblica amministrazione. Un'introduzione*, in F. Liguori, C. Acocella, *Contratti della pubblica amministrazione e politiche di liberalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli: 18.
- Lotti P. 2008, *I contratti attivi della pubblica amministrazione tra principi dell'evidenza pubblica e regole degli appalti*, in *Urbanistica e appalti*: 68 sgg.
- Luciani M., Tosato G.L., Maré M., Scarcinelli M. 2013, *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Atti del seminario di studio organizzato dalla Corte costituzionale, <<http://www.cortecostituzionale.it>>, Roma, 22 novembre 2013.
- Manfredi G. 2015, *Relazione al Convegno su I contratti attivi*, Milano, Università Bocconi, 30 aprile 2015.
- Manganaro F. 2012, *Corruzione e criminalità organizzata*, in C. La Camera (a cura di), *L'area grigia della 'ndrangheta*, Aracne, Roma: 119 sgg.
- 2014, *La corruzione in Italia*, in *Foro amm.*: 1861 sgg.
- Manganaro F., Romano Tassone A., Saitta F. 2014, *Diritto amministrativo e criminalità*, Giuffrè, Milano.

- Mangani R. 2008, *La tutela della concorrenza e l'ordinamento civile nel Codice dei contratti pubblici: la Corte costituzionale promuove il riparto di competenze legislative tra Stato e regioni contenuto nel d.lgs. 163 del 2006*, in *Riv. trim. appalti*: 739 sgg.
- Massera A. 2000, *I contratti*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Parte generale*, II, Giuffrè, Milano: 1415 sgg.
- 2012, *Lo Stato che contratta e che si accorda*, Pisa University Press, Pisa.
- Mataluni G., Fidone F. 2014, *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in *Foro amm.*, 11: 2995 sgg.
- Mattarella B.G. 2013, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*: 123 sgg.
- Mattarella B.G., Pelissero M. 2013, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino.
- Montedoro G. 2005, *Le concessioni di lavori*, in R. Garofoli, M.A. Sandulli, *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano: 840 sgg.
- Occhiena M. 2008, *Norme di gestione ambientale*, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, II, Giuffrè, Milano: 1465 sgg.
- Pellizzer F. 1990, *Le concessioni di opera pubblica (caratteri e principi di regime giuridico)*, Cedam, Padova: 79 sgg.
- Perez R. 2012, *Il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Giorn. dir. amm.*: 929 sgg.
- Schizzerotto F. 2004, *I principali provvedimenti europei italiani in materia di Green Public Procurement*, in *Riv. giur. ambiente*, VI: 967 sgg.
- Scoca S.S. 2008, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Giuffrè, Milano.
- Soncini A. 2013, *Gli accordi tra pubbliche amministrazioni ex art. 15 l. 241/90 e il divieto di affidamenti diretti*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*: 433 sgg.
- Sorace D. 2013, *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Sorace D., Marzuoli C. 1989, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III: 280 sgg.
- Tomei R., Sciancalepore V. 2008, voce *Centrali di committenza* (diritto amministrativo), in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, I: 177 sgg.
- Torchia L. 2014, *Giustizia ed economia*, in *Giorn. dir. amm.*: 337 sgg.

IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO

Gianfrancesco Fidone

SOMMARIO – 1. La disciplina del PPP: una fuga in avanti del legislatore nazionale. 2. La centralità del trasferimento del rischio e il PEF. 3. Asimmetria informativa e criticità dei rapporti di PPP. 4. La necessità di modelli flessibili per la scelta del *partner* privato. 4.1 Flessibilità nell'aggiudicazione dei PPP nel diritto europeo. 5. La moltiplicazione dei modelli di aggiudicazione nel diritto interno. 6. L'esecuzione dei contratti: incompletezza e necessarie rinegoziazioni. 7. Gli utenti e i contratti di PPP: dal controllo sull'atto a quello sull'attività. 8. Inefficienza e corruzione. 9. Accentramento normativo e recepimento delle nuove Direttive.

1. La disciplina del PPP: una fuga in avanti del legislatore nazionale¹

A distanza di quasi cinquant'anni dal volume sui lavori pubblici curato da A.M. Sandulli (Sandulli, 1969) in occasione del centesimo anniversario dell'allegato F sulle opere pubbliche alla l. 2248 del 20 marzo 1865 per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, la disciplina dei contratti pubblici, che ne frattempo ha compreso anche servizi e forniture, è profondamente cambiata. Tali cambiamenti appaiono conseguenza, da un lato, del progressivo imporsi del diritto europeo, centrato sulle ragioni della concorrenza e dell'apertura dei mercati, che ha fortemente condizionato quello interno degli Stati membri; dall'altro, della necessità, soprattutto in tempi di crisi economica e di scarsità di fondi pubblici, di finanziamenti privati per la realizzazione dei contratti pubblici, con la conseguente valorizzazione del ruolo dei privati medesimi.

Con il termine PPP si fa riferimento a contratti, alternativi all'appalto tradizionale, stipulati tra la pubblica amministrazione e un privato operatore economico al fine di realizzare un'opera pubblica o di erogare un servizio (in generale sul PPP, tra gli altri: Cartei, Ricchi, 2010; Chiti, 2009; Cafagno *et al.*, 2013). Si tratta, peraltro, di una categoria dai contorni problematici e incerti (Travi, 2013) che nel diritto interno è stata tormentata da continui interventi del legislatore che hanno reso la disciplina instabile e controversa (si pensi al caso della finanza di progetto).

Le caratteristiche di tali contratti sono state individuate dalla Commissione europea (Commissione europea, 2004)².

I rapporti devono essere di lunga durata e investono un soggetto pubblico e un soggetto privato, implicando una collaborazione tra i due *partners* su

vari aspetti di un certo progetto (quali, ad esempio, la progettazione, la realizzazione, la gestione). In questo complesso rapporto, mentre il *partner* privato assume a protagonista del progetto, il *partner* pubblico si limita ad avere una funzione di coordinamento e di controllo. Ciò si inserisce in un progressivo abbandono da parte della pubblica amministrazione di alcune delle sue funzioni tradizionali per delegarle, man mano, ai soggetti privati.

Il finanziamento del progetto deve essere, almeno in parte, proveniente da un soggetto privato. Ciò vuol dire che, rispetto al tradizionale contratto di appalto nel quale il finanziamento è pubblico, nel PPP il soggetto privato si fa carico, con mezzi propri oppure a mezzo dell'indebitamento con le banche, del costo della realizzazione dell'opera o almeno di parte di esso. Successivamente, dovrà recuperare l'investimento iniziale in fasi successive alla realizzazione, ad esempio, nel caso della concessione, con la gestione dell'opera realizzata per un determinato numero di anni, in modo tale che i ricavi complessivi ottenuti possano garantire la copertura dei costi e, allo stesso tempo, un certo margine di profitto. Tale caratteristica rende il PPP uno strumento con potenzialità importanti per la realizzazione di opere e servizi in Paesi a forte indebitamento pubblico, quale è l'Italia, soprattutto in tempi di crisi economica.

Nei contratti di PPP il rischio dell'intervento da realizzarsi, ovvero il rischio di fallimento dell'operazione imprenditoriale, deve essere contrattualmente trasferito sul privato, completamente o, almeno, parzialmente. Se il progetto fallisce, le conseguenze negative devono essere a carico del privato. È chiaro, tuttavia, che il problema è complesso, dal momento che, se fallisce la realizzazione o la gestione di un'opera pubblica, vi saranno ripercussioni negative sia a carico della collettività amministrata sia a carico della pubblica amministrazione, perché se l'opera non viene realizzata o non ne funziona la gestione il problema diventa collettivo (v. *infra*, § 7).

Tale ultima caratteristica è quella che maggiormente caratterizza i contratti di PPP (Travi, 2013). Se non c'è trasferimento del rischio, almeno parziale, a carico del privato, il contratto non può essere considerato un PPP o una concessione, ma deve essere qualificato come appalto tradizionale.

Nel diritto interno, con il terzo correttivo (d.lgs. 11.9.2008, n. 152) è stata inserita nel Codice dei contratti pubblici la norma che recepisce esattamente gli orientamenti e i principi comunitari illustrati. Secondo l'art. 3, comma 15 *ter*, i «contratti di partenariato pubblico privato sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un'opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni,

con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti». La disposizione fa, evidentemente, riferimento al Libro Verde del 2004 già ricordato.

A titolo esemplificativo, il d.lgs. 163/2006 aveva elencato una serie di contratti di PPP come le concessioni di lavori e di servizi, la finanza di progetto, la locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, il contraente generale³. Inoltre, potevano essere considerate forme di PPP anche le sponsorizzazioni di cui all'art. 26 e le sponsorizzazioni in materia di beni culturali di cui all'art. 199 *bis*.

La disciplina generale del PPP si era, peraltro, sovrapposta alle discipline specifiche di alcuni dei contratti citati, già presenti da tempo nel diritto interno e nel Codice dei contratti pubblici, quale ad esempio quelle della concessione di lavori (istituto risalente e già previsto per alcune ipotesi peculiari sin dall'epoca dell'unificazione amministrativa con la l. 20 marzo 1865, n. 2248 – All. F e, successivamente, generalizzato dalla l. 24 giugno 1929, n. 1137 e poi sempre contemplato, seppure con sostanziali variazioni sul tema, dalle successive discipline di settore, sino ad arrivare al Codice dei contratti pubblici. Per questo si rimanda al contributo di G.F. Cartei, *La concessione di lavori pubblici*, in questo volume) e della finanza di progetto (prevista per la prima volta dalla l. 415/1998, che introdusse nella l. 109/1994, c.d. *Merloni*, gli artt. 37 *bis* sgg. Sul punto sia consentito rinviare a Fidone, 2006).

Deve essere anche evidenziato che la fase della gestione dell'opera realizzata o di un servizio, tipica dei contratti di concessione, non è elemento necessario perché si abbia PPP, dal momento che vi sono contratti di partenariato che prescindono da tale fase, come la locazione finanziaria (c.d. *leasing immobiliare pubblico*) e il contratto di disponibilità, previsti dagli artt. 160 e 160 *bis* del Codice (AVCP, 2013; Fidone, 2012).

Il recepimento nel Codice dei contratti pubblici costituisce una fuga in avanti del legislatore italiano rispetto a quello comunitario, dal momento che né la previgente Direttiva 2004/18/CE né le nuove Direttive 2014/23/UE e 2014/24/UE contengono la definizione di PPP, che dunque a livello comunitario rimane confinata a documenti che non hanno rango di fonte del diritto (tra gli altri, oltre al già citato Commissione europea, 2004, si può fare riferimento a: Commissione europea, 2005; Parlamento europeo, 2006; Commissione europea, 2008 e 2011). Tale tendenza del legislatore interno è stata confermata dalla legge delega per il recepimento delle nuove Direttive di settore, l. 28.1.2016 n. 11, che all'art. 1, comma 1, lett. ss), prevede la razionalizzazione e l'implementazione delle forme di PPP oltreché, alla lett. tt) la, riduzione dei tempi delle procedure necessarie al perfezionamento di tali contratti. Il nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 18.4.2016 n.

50, ha poi definito il PPP all'art. 3, lett. eee), e lo ha disciplinato nella parte IV, agli artt. 179 sgg⁴.

2. La centralità del trasferimento del rischio e il PEF

La distinzione tra un contratto di PPP e un appalto può non essere agevole nel caso concreto.

Il problema si è posto con specifico riguardo ai contratti di concessione, come riconosciuto dalla stessa Direttiva 2014/23/UE, laddove afferma che «le difficoltà legate all'interpretazione dei concetti di “contratto di concessione” e di “appalto pubblico” hanno generato una costante incertezza giuridica tra i soggetti interessati e sono state oggetto di numerose sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea»⁵.

La Giurisprudenza Comunitaria ha indicato quale elemento peculiare dei PPP il trasferimento del rischio contrattuale in capo al concessionario. Ciò, in particolare, valeva a distinguere i contratti di concessione (e anche gli altri contratti di PPP) dagli appalti tradizionali⁶. In assenza di trasferimento al contraente privato del rischio legato alla prestazione, l'operazione avrebbe rappresentato un appalto e non una concessione (Travi, 2013; Cartei, 2010)⁷.

Per quanto riguarda le concessioni, la nuova Direttiva 2014/23/UE ha recepito tali orientamenti e ha espressamente definito i contratti di concessione e di servizi in relazione al trasferimento del c.d. rischio. «Rischio operativo», che deve avere «natura economica» e comportare l'eventualità per il concessionario «di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali»⁸.

Con riguardo al settore dei lavori, l'Eurostat, con delibera dell'11 febbraio 2004, ha individuato e distinto tre categorie di rischio trasferibili al privato, da utilizzarsi per la distinzione tra appalto e PPP.

La prima categoria di rischio è il *rischio di costruzione*, che potrebbe verificarsi, ad esempio, qualora durante la fase di costruzione dell'opera i costi dei materiali aumentino, oppure qualora si verificino degli imprevisti in fase di realizzazione. Questo tipo di rischio deve considerarsi sempre a carico del privato, anche in caso di appalto tradizionale⁹.

Vi è, poi, il *rischio di domanda*, che afferisce alla fase della gestione dell'opera realizzata e che si riferisce alla vendita del servizio erogato agli utenti dello stesso (si pensi alla gestione da parte del concessionario di un parcheggio realizzato e alla vendita agli utenti di biglietti per il parcheggio delle auto).

Tale tipologia di rischio riguarda principalmente le concessioni di lavori nel caso delle opere cosiddette «calde», ove il servizio oggetto della gestione può essere venduto agli utenti, così generando ricavi di gestione (ad esempio, parcheg-

gi, cimiteri, reti del gas, metropolitane, impianti sportivi e ricreativi ecc.). La Corte di Giustizia ha affermato che tale rischio deve essere inteso come rischio di esposizione all'alea del mercato, il quale può tradursi nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio d'insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio¹⁰.

In ultimo, vi è la terza tipologia di rischio individuata dall'Eurostat, ovvero il *rischio di disponibilità*, che può essere definito come un rischio di mancata *performance*, legato alla capacità, da parte del contraente privato, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per *standard* di qualità. Tale definizione è stata recepita alla lettera bbb) dell'art. 3 del d.lgs. 50/2016. Il concetto presenta, senza dubbio, maggiori complessità e difficoltà di inquadramento rispetto alle altre due categorie.

Tale tipologia di rischio è caratteristica dei PPP che non prevedono la gestione dell'opera realizzata (ad esempio, il contraente generale, la locazione finanziaria o il contratto di disponibilità) e delle concessioni di opere «fredde», caratterizzate cioè dall'impossibilità di conseguire ricavi attraverso la vendita agli utenti del servizio che è oggetto della gestione (ad esempio, edilizia sanitaria, carceraria, giudiziaria)¹¹.

In tutti tali casi, la pubblica amministrazione, che è utilizzatrice diretta dell'opera realizzata, paga al privato un canone di disponibilità, che non deve essere fisso (come sarebbe, ad esempio, un canone di locazione corrisposto indipendentemente dalla effettiva resa del servizio), ma che deve essere pagato in dipendenza dell'effettiva qualità e quantità del servizio erogato (ad esempio, solo se viene raggiunta la *performance* contrattualmente pattuita ovvero un determinato *standard* di qualità nell'erogazione del servizio)¹². In taluni casi di concessioni di lavori, la determinazione del canone di disponibilità può essere anche dipendente dall'effettivo utilizzo dell'opera o del servizio da parte dell'utenza¹³.

Sulla base di tali categorie di rischi, l'Eurostat afferma che, perché un certo contratto possa essere qualificato di PPP, almeno due tra i tre rischi citati devono essere trasferiti al privato. Se si tiene conto del fatto che il rischio di costruzione deve essere sempre a carico del privato (cioè, anche in caso di appalto tradizionale), perché si abbia PPP almeno uno degli altri due rischi (di domanda o di disponibilità) deve essere trasferito totalmente o parzialmente al privato.

Da questa condizione per l'Eurostat deriva la possibilità di iscrivere *on balance* o *off balance* una determinata operazione: se si tratta di concessione o altro contratto di PPP può essere iscritta fuori bilancio, se invece si tratta di ap-

palto deve essere iscritta nel bilancio della pubblica amministrazione concedente (UTFP, 2004). Si ricordi, peraltro, che l'art. 3 comma 15 *ter*, del d.lgs. 163/2006, che aveva recepito la definizione di PPP, espressamente richiamava l'applicazione delle decisioni Eurostat, così elevandole ad un rango normativo, che in sede comunitaria le stesse decisioni non hanno. Anche l'art. 3, lett. eee), del d.lgs. 50/2016 contiene il medesimo richiamo.

Con specifico riguardo alle concessioni di lavori e servizi, deve pure essere segnalato che la nuova Direttiva 2014/23/UE ha superato le definizioni Eurostat di rischio di domanda e rischio di disponibilità, che oggi non sono più utilizzate¹⁴. Nel rinviare per l'approfondimento di tale aspetto a lavori specialistici (nel presente volume, si rinvia al contributo di G.F. Cartei, cit. Inoltre, si confrontino: Cartei, 2015; Fidone, 2015), in questa sede può solo osservarsi che il rischio viene individuato in relazione al *mercato* oggetto del contratto di concessione, che si compone di una domanda e di un'offerta. Quanto al *rischio dal lato della domanda*, la Direttiva si limita ad affermare che «per rischio sul lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto». Per rischio sul lato dell'offerta, invece, si intende «il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda». Tali definizioni dovrebbero comprendere i *rischi di costruzione* e di *disponibilità* già identificati da Eurostat, ma appaiono di portata più ampia (Fidone, 2015).

Per tutto quanto si è fin ora detto, è necessario che i rischi di un contratto di PPP siano preliminarmente valutati dal *partner* privato nel *piano economico finanziario* (PEF), da redigersi prima dell'intrapresa dell'operazione (Cartei, 2010 e 2015)¹⁵. Tale documento, che è alla base di ogni contratto di PPP, costituisce «il cuore dell'iniziativa da finanziare» e consiste in un «documento, elaborato e complesso»¹⁶, che deve determinare la convenienza a realizzare il progetto (ovvero, i profitti attesi), considerando anche il rischio dell'operazione (ovvero, le ipotesi nelle quali si potrebbe determinare una perdita¹⁷).

Il PEF è anche fondamentale per valutare la c.d. *bancabilità* dell'investimento (ovvero, la sua sostenibilità finanziaria), consistente nelle condizioni che gli istituti di credito richiedono per erogare il finanziamento. Un'operazione di PPP non bancabile non otterrà il finanziamento per cui non potrà essere realizzata¹⁸. Il problema della bancabilità è stato a lungo trascurato dal Legislatore nazionale ed ha costituito la causa principale per la quale molti contratti di PPP già aggiudicati (per lo più concessioni di lavori) non sono stati portati a compimento, per impossibilità da parte del concessionario di reperire il finanziamento¹⁹. La questione della bancabilità, con riferimento alle concessioni, non è affrontata neppure dalla Direttiva 2014/23/UE.

3. *Asimmetria informativa e criticità dei PPP*

I contratti di PPP presentano una complessità maggiore rispetto ai tradizionali contratti di appalto. Essi prevedono un maggior numero di fasi, come ad esempio il finanziamento privato e la gestione; coinvolgono un maggior numero di soggetti, come ad esempio i finanziatori o i gestori; hanno durata più lunga, estesa anche alla fase di gestione; coinvolgono nell'operazione anche gli utenti del servizio, che sono i destinatari della gestione. Si tratta, dunque, di *contratti complessi*²⁰.

Al fine di individuarne le criticità, si può partire da un'osservazione semplice, cioè che, in tali operazioni, pubblico e privato hanno interessi contrapposti: mentre l'impresa privata ha come obiettivo quello di massimizzare il suo profitto, la pubblica amministrazione deve difendere l'interesse pubblico realizzando buone opere, offrendo servizi adeguati e contenendo la spesa (Cafagno, 2001; Fidone, 2006). Evidentemente, l'esigenza di qualità e di contenimento della spesa da parte dell'amministrazione e la massimizzazione dei profitti da parte dell'impresa sono interessi contrapposti tra loro.

Il problema si acuisce se si considera che la pubblica amministrazione è meno informata dei privati rispetto all'oggetto di contratti complessi quali sono quelli di concessione. In tali contratti esiste una fisiologica asimmetria informativa a danno della parte pubblica e a vantaggio del privato, ovvero una carenza di informazioni dell'amministrazione. Il privato è, infatti, molto più informato sui servizi e lavori che egli stesso offre rispetto all'amministrazione che domanda quelle stesse opere e quei servizi.

L'asimmetria informativa a danno dell'amministrazione pubblica aumenta quanto più è complesso il contratto. Essa, pertanto, è particolarmente rilevante nei contratti di PPP, che coinvolgono aspetti tecnici, economico-finanziari e giuridici, con riguardo alle diverse fasi dello stesso progetto²¹.

In tali contratti l'amministrazione incarica e paga un privato per la realizzazione di un'operazione complessa finalizzata all'interesse pubblico. Il problema nasce nel momento in cui, approfittando della carenza informativa del committente pubblico, il *partner* privato può realizzare il proprio interesse, anziché quello del primo. Tale carenza informativa si amplifica quanto più il rapporto intercorrente tra i due soggetti ha natura complessa (caratteristica che, come detto, possiedono i rapporti di PPP, che possono essere caratterizzati da aspetti tecnici, di innovazione tecnologica, esecutivi, gestori, di finanziamento ecc.).

La pratica ci dimostra che i contratti di PPP (si pensi al caso italiano della finanza di progetto) sono spesso stati visti dai privati come momenti di grande vantaggio, con ampi spazi di realizzazione dell'interesse privato, con condizioni molto convenienti di aggiudicazione (Fidone, 2006).

I momenti critici di questi contratti, alla luce di quanto si è detto, sono la scelta del miglior *partner* privato e la valutazione della sua offerta; l'esecuzione del contratto successiva all'aggiudicazione; le eventuali rinegoziazioni in corso di esecuzione, in caso di rapporti di lunga durata.

4. *La necessità di modelli flessibili per la scelta del partner privato*

Si parta dal primo dei momenti individuati, quello della scelta del miglior *partner* privato e della selezione della sua offerta. Per scongiurare il rischio di una cattiva scelta, l'unica soluzione è quella di porre in essere una adeguata procedura competitiva. Il rischio è che una procedura di gara non ben gestita, nella quale la pubblica amministrazione sia carente da un punto di vista informativo, causi una scelta sbagliata del *partner* privato ovvero aggiudichi un contratto a condizioni svantaggiose per la parte pubblica (c.d. 'selezione avversa'²²).

È noto l'esempio del *mercato dei bidoni* (*market for lemons*) del premio Nobel per l'Economia del 2001 George Akerlof (Akerlof, 1970)²³. Si immagini un mercato ad alta asimmetria informativa a danno del compratore rispetto al venditore, quale è quello delle automobili usate, nel quale solo i venditori conoscono esattamente la qualità dell'automobile in loro possesso mentre i compratori non hanno strumenti adeguati per risconrarla. In tale mercato, se il compratore fissasse come criterio di scelta il solo prezzo (anche chiamando ribassi su tale prezzo), si accosterebbero alla vendita solo i venditori che posseggono un'automobile di qualità corrispondente o inferiore al prezzo fissato dal venditore. Non aderirebbero allo scambio i venditori che posseggono automobili di qualità superiore a quella corrispondente al prezzo indicato dal compratore.

Poiché il compratore non è in grado di riconoscere la qualità dell'automobile offerta, egli accetterebbe lo scambio con il venditore disposto a cedere la sua vettura al prezzo più basso, che però è anche quello che possiede una macchina di qualità più scadente, corrispondente a quel prezzo (dal momento che chi è consapevole che la sua automobile vale più del prezzo di scambio non sarebbe disponibile a cederla per quel prezzo). Si avrebbe dunque un meccanismo di gara che finirebbe col selezionare il bene di peggiore qualità, ricorrendo un classico esempio di selezione avversa.

Si pone, dunque, il problema astratto di quale sia la procedura di gara più adatta ad aggiudicare un contratto pubblico. In relazione a tale problema, può essere fatto riferimento (Cafagno, 2013a) al *teorema di equivalenza* dell'altro premio Nobel per l'Economia (1996) William Spencer Vickrey (Vickrey, 1961: 8-37), fondamentale nella teoria delle aste, che muove dal-

la comparazione di quattro modelli di asta molto diffusi, che differiscono tra loro per le regole di funzionamento e per le risposte strategiche dei partecipanti²⁴. Senza entrare nel dettaglio, tale teorema dimostra che tutti i modelli di asta sono efficienti e assicurano lo stesso ricavo al banditore e i medesimi profitti ai vincitori se ricorrono alcune condizioni particolari, ovvero: se i candidati sono neutrali al rischio; se sono «simmetrici», se le aste sono a valori «privati» (anziché a valori «comuni» o «correlati»); se il confronto tra le offerte abbia natura monodimensionale (anziché multidimensionale); se non si verificano fenomeni di collusione.

Ragionando *a contrario* si conclude che, visto che le condizioni richiamate non si possono di fatto verificare contemporaneamente (soprattutto nel contesto di negoziazioni amministrative complesse) «ciò significa che i procedimenti concorsuali non sono affatto equivalenti e che il loro disegno ha un impatto determinante sui risultati» poiché «la teoria insegna che per conseguire l'obiettivo dell'efficienza e della convenienza contrattuale la scelta dei modelli procedurali deve duttilmente adattarsi alle proprietà delle sottostanti transazioni economiche, alle caratteristiche dei candidati, alle peculiarità del mercato in cui operano, alle specificità dell'ambiente competitivo» (Cafagno, 2013a). Dunque, non vi sono un criterio di aggiudicazione e un procedimento di gara ottimali in astratto, ma la scelta più opportuna dipende dal caso concreto, ossia dalle caratteristiche del mercato e da quelle del bene da aggiudicare (Cafagno, 2001; Parisio, 1999; per un approccio interdisciplinare, Mori, 2010). Limitando il ragionamento al settore dei contratti pubblici e ai modelli di gara che sono contemplati dal diritto positivo, la scelta da effettuarsi riguarda da un lato il criterio di selezione e dall'altro la procedura di gara.

Come noto, la Direttiva comunitaria 2004/18/CE offriva per gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture la possibilità di ricorrere alle procedure aperte, alle ristrette, alle negoziate, al dialogo competitivo²⁵, da coniugarsi con il criterio di scelta del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa²⁶.

Si può in generale osservare che, quanto al criterio di selezione, se il bene da acquistare ha caratteristiche note al compratore e si tratta di un bene standardizzato, il miglior criterio di selezione dell'offerta è in generale quello del prezzo minimo (anche nella forma del massimo ribasso). Al contrario, se il bene è differenziato, ossia le sue caratteristiche sono peculiari e rilevanti per il committente, il prezzo non può essere l'unico criterio di valutazione ma, al contrario, dovranno essere considerate anche altre variabili: in poche parole, sarà da ritenersi preferibile il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa (Mori, 1997).

Quanto alla procedura di gara, in generale, quando le caratteristiche del bene sono tali da consentirne la produzione indifferentemente ad un ampio nume-

ro di produttori, sarà preferibile la più ampia partecipazione alla gara: in questi casi, dunque, una procedura aperta deve considerarsi più adatta. Quando, invece, le caratteristiche del bene sono tali da generare un rischio apprezzabile di cattiva esecuzione, può essere opportuno restringere il numero delle imprese partecipanti, limitandosi a quelle più affidabili e richiedendo loro opportune qualificazioni: in tale caso, potrà essere preferita una procedura ristretta. Tuttavia, vi può essere il caso in cui il procedimento di gara ottimale non sia né la procedura aperta né quella ristretta. Ciò può accadere quando il bene da aggiudicare sia complesso e l'amministrazione non sia in grado di valutarne tutte le caratteristiche²⁷.

In tali casi, lo svantaggio informativo della pubblica amministrazione sulla qualità e le caratteristiche del bene da appaltare, rispetto alla maggiore informazione di cui dispone l'appaltatore privato, vista la natura del contratto da aggiudicare, deve ritenersi amplificato, rispetto a quello fisiologicamente esistente nei rapporti di appalto volti alla realizzazione di lavori pubblici. Dunque, quando vi sia una forte asimmetria informativa a svantaggio dell'amministrazione, ricorrere ad una procedura rigida (aperta o ristretta) può presentare svantaggi. Così facendo, infatti, la pubblica amministrazione si obbligherebbe a chiamare le offerte sulla base delle conoscenze che già possiede e si priverebbe della possibilità di aumentare le sue informazioni sul bene offerto dai concorrenti in corso di procedura. Evidentemente, se tali informazioni sono carenti è alto il rischio che la gara possa condurre a fenomeni riconducibili alla selezione avversa.

Il dialogo competitivo è una procedura alternativa a quelle aperte o ristrette ed ha presupposti del tutto diversi (Fidone, 2007: 12). Si tratta di una procedura flessibile nella quale la pubblica amministrazione ha come obiettivo quello di aumentare la propria informazione, attraverso il dialogo negoziato con i soggetti privati, finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le necessità e gli obiettivi dell'amministrazione. La scelta finale potrà essere, dunque, fatta sulla base di un bagaglio informativo maggiore di quello posseduto all'inizio della procedura e in modo tale potrà essere ridotto il rischio di selezione avversa.

Tale procedura più flessibile può portare ad una notevole riduzione dello svantaggio informativo della pubblica amministrazione, che si può concretamente tradurre in variazioni al progetto originario, in aumento dell'utilità complessiva dell'intervento o in una riduzione del costo dell'investimento. In caso di contratti complessi, ove è alto lo svantaggio informativo della pubblica amministrazione, può essere utile ricorrere a formule diverse e più flessibili, come il dialogo competitivo.

La nuova Direttiva 2014/24/UE ha confermato i pre-vigenti criteri e procedure di aggiudicazione, aggiungendone di nuovi e spostando gli equilibri tra i

modelli pre-vigenti. Ad esempio, senza pretesa di esaustività, sono state previste nuove procedure quali il partenariato per l'innovazione²⁸ o le consultazioni preliminari di mercato²⁹; a fianco ai criteri di aggiudicazione del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa è stato inserito quello del costo più basso, che si fonda sul costo del ciclo di vita del prodotto³⁰; è stata ampliata la possibilità delle amministrazioni di ricorrere alle procedure negoziate competitive³¹. Inoltre, se nell'impianto della Direttiva 2004/18/CE il dialogo competitivo aveva il carattere dell'eccezionalità (essendo riservato ai soli contratti pubblici «particolarmente complessi»³²), nella nuova Direttiva 2014/24/UE tale procedura di aggiudicazione ha perso il suo carattere di specialità, essendo venuto meno il presupposto della complessità del contratto da aggiudicarsi³³.

4.1 Flessibilità nell'aggiudicazione dei PPP nel diritto europeo

Si torni alla disciplina dell'aggiudicazione dei contratti di PPP.

Come si è detto, tale categoria generale non è contemplata dalle Direttive europee del 2004 né in quelle del 2014. Nella Direttiva 2004/18/CE erano solo contenute poche disposizioni di trasparenza e pubblicità per l'aggiudicazione delle concessioni di lavori (artt. 56 sgg.). Le concessioni di servizi erano, invece, un contratti esclusi dall'applicazione della Direttiva, in virtù dell'art. 17. Rimaneva ferma la l'applicazione in tutti i casi dei noti principi, desumibili direttamente dal Trattato. La *ratio* della sottrazione delle concessioni dai sistemi di aggiudicazione tipizzati era fondata proprio sulla considerazione del trasferimento del rischio in capo al concessionario e sulla necessaria flessibilità negli affidamenti.

Si deve anche ricordare che la Commissione europea, nel libro verde sul PPP del 2004, aveva suggerito ai Paesi Membri l'utilizzazione per l'aggiudicazione dei contratti di partenariato e delle concessioni di procedure flessibili quali il dialogo competitivo³⁴. Tale procedura avrebbe dovuto «permettere di garantire la flessibilità necessaria alle discussioni con i candidati di tutti gli aspetti del contratto in occasione della fase di attuazione, pur facendo in modo che queste discussioni siano condotte nel rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, e non mettano a rischio i diritti che il Trattato conferisce agli operatori economici», poiché «ciò garantisce il buon utilizzo del denaro pubblico, diminuisce i rischi di pratiche poco trasparenti e rafforza la sicurezza giuridica necessaria all'attuazione di tali progetti». Tale raccomandazione, che non ha alcun contenuto precettivo, deve essere letta nel senso della preferenza per l'aggiudicazione delle concessioni (che sono contratti complessi) tramite procedure che riducano l'asimmetria informativa della pubblica amministrazione, attraverso meccanismi di apprendimento in corso di procedura, tali da fare prevenire la stessa amministrazione ad un livello informativo più alto sulla base del quale potere effettuare scelte consapevoli.

La nuova Direttiva 2014/23/UE conferma la precedente scelta comunitaria di non assoggettare la scelta del concessionario all'espletamento delle tradizionali procedure di gara previste per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, disciplinate oggi dalla Direttiva 2014/24/UE. Al contrario, le stazioni appaltanti devono essere libere, a fronte della complessità dei contratti da aggiudicare e dell'assunzione di rischio del concessionario, di affidare le concessioni con procedure competitive flessibili e negoziate, finalizzate al miglioramento del proprio bagaglio informativo originario (Clarich, 2013; Cafagno, 2010; Comporti, 2011)³⁵.

Per i restanti contratti di PPP, in assenza di disposizioni specifiche contenute nella Direttiva concessioni, deve considerarsi ovviamente ferma l'applicazione dei principi generali, desumibili direttamente dal Trattato. Ciò, ancora una volta, garantisce grande flessibilità, in assenza di modelli contrattuali rigidi.

4.2 La moltiplicazione dei modelli di aggiudicazione nel diritto interno

Il diritto interno, a fronte della flessibilità dei modelli comunitari, ha rigidamente disciplinato molte tipologie di procedure per l'aggiudicazione dei contratti di PPP, ciascuna di esse con norme peculiari (Fidone, 2015).

Nel codice previgente vi erano cinque diverse procedure per l'aggiudicazione delle concessioni di lavori, ovvero quella prevista dall'art. 144 del d.lgs. 163/2006 (concessione di lavori su iniziativa pubblica) e le quattro diverse previste dall'art. 153 (concessione di lavori su iniziativa privata, c.d. finanza di progetto). A tali procedure si aggiungevano le disposizioni speciali che regolavano l'affidamento delle concessioni di lavori per le grandi infrastrutture, di cui agli artt. 174 e 175 del Codice, che riguardavano sia il caso della concessione su iniziativa pubblica che quello della finanza di progetto. In ultimo, vi erano le due procedure di aggiudicazione previste per le concessioni di servizi, ovvero quella di cui all'art. 30 (concessione di servizi su iniziativa pubblica) e quella prevista dall'art. 278 del regolamento di cui al d.p.r. 207/2010 (concessione di servizi su iniziativa privata, c.d. finanza di progetto nei servizi). Vi erano poi le discipline dei PPP diversi dalla concessione, tra cui il contraente generale (art. 170), la locazione finanziaria (art. 160 *bis*), il contratto di disponibilità (art. 160 *ter*), la sponsorizzazione (art. 26), la sponsorizzazione di beni culturali (art. 199 *bis*).

Nel nuovo Codice di cui al d.lgs. 50/2016, seppure sono state ridotte a due le procedure di finanza di progetto di cui all'art. 183, sono stati confermati tutti i previgenti modelli contrattuali e introdotte altre forme di PPP, quali gli interventi di sussidiarietà orizzontali di cui all'art. 189 e il baratto amministrativo di cui all'art. 190.

È, dunque, evidente che il Legislatore ha scelto la strada della moltiplicazione di modelli tipizzati rispetto alla strada della flessibilità delle procedure di de-

rivazione europea. La legge predetermina i modelli, cercando di sostituirli alla discrezionalità dell'amministrazione (da esercitarsi nell'individuazione di un contratto su misura o della procedura di aggiudicazione più adatta al caso concreto), che in teoria e se bene utilizzata consente maggiore efficienza. La tendenza è quella di condizionare *ex ante* le scelte dell'amministrazione con dettagliate procedure di aggiudicazione e con schemi contrattuali pre-determinati.

Ricorre spesso l'esempio del *sarto*: il diritto comunitario immagina che l'amministrazione possa assumere il ruolo di un sarto incaricato di confezionare un abito (procedura di aggiudicazione) su misura rispetto all'oggetto dell'affidamento. Il Legislatore a tale modello contrappone quello dei grandi magazzini in cui sono disponibili una molteplicità di taglie preconfezionate (procedure pre-determinate). Tuttavia, in relazione a contratti complessi, quali sono quelli di PPP, modelli tipizzati (taglie preconfezionate) non potranno mai soddisfare pienamente le esigenze del caso concreto come, invece, potrebbe avvenire nel caso del corretto esercizio della discrezionalità amministrativa (abito sartoriale).

Il problema del Legislatore è, evidentemente, che non si fida dell'abilità del sarto-amministrazione (capacità di esercitare la discrezionalità amministrativa) e della sua onestà (ovvero, teme che l'esercizio della discrezionalità possa tramutarsi in corruzione).

In tale contesto, rimane solo teorica (e, di fatto, mai perseguita nel nostro Paese) la possibilità di affidare i contratti di PPP attraverso il dialogo competitivo, peraltro ribadita espressamente dall'art. 181, comma 1, del nuovo codice.

6. L'esecuzione dei contratti: incompletezza e necessarie rinegoziazioni

Il secondo momento di criticità dei rapporti contrattuali con distribuzione asimmetrica delle informazioni è quello dell'esecuzione del contratto. Profittando del proprio vantaggio informativo, l'esecutore della prestazione può realizzare i suoi interessi particolari a danno del committente, verificandosi ciò che gli economisti chiamano 'azzardo morale'. È, infatti evidente che se vi fosse perfetta informazione del committente, non vi sarebbero spazi per l'esecutore di perseguire propri interessi indebitamente, visto che il committente se ne accorgerebbe immediatamente e interverrebbe per sanzionarlo.

Nella contrattualistica pubblica, sono ricorrenti i casi in cui, in sede di esecuzione del contratto, la parte privata profitta del suo vantaggio informativo e della carenza di controlli della pubblica amministrazione (si pensi, ad esempio, nel settore dei lavori all'utilizzazione di materiali scadenti e non conformi alle previsioni contrattuali, all'iscrizione di riserve con richieste di risarcimenti del danno pretestuosi ecc.).

Nei contratti di PPP che, come si è detto più volte, sono contratti complessi ove l'asimmetria informativa a danno della pubblica amministrazione è maggiore, i margini per comportamenti del concessionario riconducibili all'azzardo morale sono più ampi che negli appalti tradizionali. Tali comportamenti possono verificarsi in tutte le fasi dell'esecuzione del contratto e anche nella fase della gestione, tipica dei contratti di concessione.

I possibili rimedi sono, in primo luogo, quello di ridurre l'asimmetria informativa a danno dell'amministrazione. Tale funzione, ad esempio, assolvono istituti quali il collaudo, il direttore dei lavori, il responsabile del procedimento, che servono evidentemente a restringere quel vantaggio informativo che ha il contraente privato. In secondo luogo, è essenziale redigere un buon contratto che preveda un sistema di incentivi e di sanzioni adeguato al contratto stipulato (Nicita, Scoppa, 2005: 79 sgg.).

Tanto per la possibile operatività del sistema di penali ed incentivi, quanto per il funzionamento del sistema dei controlli, è essenziale operare sul versante della trasparenza dell'operato del privato nei confronti della pubblica amministrazione, anche rispetto agli utenti finali del servizio erogato e ai fruitori dell'opera pubblica, se si volessero ipotizzare degli strumenti di controllo e pretesa del risultato anche nelle mani di questi soggetti (v. *infra*, § 9).

È, inoltre, evidente quanto sia sproporzionata l'attenzione che il legislatore rivolge all'affidamento del contratto, rispetto a quella minore per la fase dell'esecuzione dello stesso.

Tale sproporzione può giustificarsi in sede comunitaria, ove le Direttive si occupano solo della fase della scelta del contraente, per il fatto che la fase di esecuzione di regola non pone un problema legato al mercato unico e alla concorrenza. A tale osservazione generale fanno eccezione poche norme che si occupano dell'esecuzione dei contratti solo con riferimento ad aspetti che possono incidere proprio sulla concorrenza e sull'apertura del mercato³⁶. Meno spiegabile è la scelta del legislatore interno, che all'esecuzione dei contratti dedica solo poche disposizioni³⁷.

Tale lacuna appare particolarmente grave soprattutto per i PPP di lunga durata, che possono protrarsi per tempi molto lunghi, così impegnando anche le generazioni future.

Nella fase dell'esecuzione del contratto, si colloca anche un'altra criticità dei rapporti di PPP, ovvero quella delle eventuali modifiche del contratto in corso di esecuzione. Tale esigenza nasce dalla considerazione che questi contratti, per la loro complessità e lunga durata, sono per definizione contratti c.d. 'incompleti', ovvero non possono *ab origine* contenere tutta la disciplina di dettaglio del rapporto da disciplinare, ma devono lasciare necessariamente aperti alcuni aspetti, attraverso clausole che rinviano a future negoziazioni (Nicita, Scoppa, 2005: 195 sgg.).

I contratti complessi, soprattutto quando siano di lunga durata e abbiano oggetto con caratteristiche di innovazione e tecnologicamente avanzate, con evoluzione rapida nel tempo, sono necessariamente incompleti, poiché al momento della stipulazione è impossibile prevedere e regolare tutto l'andamento del futuro rapporto tra le parti. Si crea, dunque, un problema di necessaria rinegoziazione dell'oggetto del contratto in corso di esecuzione che concerne l'evoluzione fisiologica del rapporto contrattuale e non costituisce affatto, in se stessa, una patologia.

Per tali rinegoziazioni, che devono avere contenuto flessibile, si presentano ulteriori problemi dovuti all'asimmetrica distribuzione delle informazioni a danno dell'amministrazione, che può condurre a scelte inefficienti. La rinegoziazione dovrebbe costituire una procedura di apprendimento per l'amministrazione, che la faccia pervenire ad una scelta finale consapevole ed informata.

Occorre, inoltre, evitare che tale aspetto fisiologico dei contratti complessi possa trasformarsi in una patologia e in occasione di collusione tra le parti, considerando anche il fatto che, a differenza di quanto accade nelle procedure di aggiudicazione dei contratti, in tale fase del rapporto contrattuale non vi sono controlli incrociati di altri concorrenti. Peraltro, una rinegoziazione collusiva che favorisca indebitamente il concessionario privato potrebbe anche vanificare gli esiti della procedura di aggiudicazione iniziale, anche quando essa sia stata perfetta.

Nel diritto interno, solo per le concessioni di lavori, il comma 8 dell'art. 143 del d.lgs. 163/2006 prevedeva alcune ipotesi molto restrittive di rinegoziazione del contratto. Sul punto appariva particolarmente innovativa la Direttiva 2014/23/UE, che dedica a tale ipotesi il lungo articolo 43 il quale prevede una ampia gamma di possibilità di modificazioni del contratto di concessione in corso di durata del rapporto. Il nuovo codice, all'art. 175, con riferimento alle concessioni, appare offrire nuove opportunità, la cui portata dovrà essere valutata con attenzione.

7. Gli utenti e i contratti di PPP: dal controllo sull'atto a quello sull'attività

I ragionamenti esposti sino a questo momento devono essere completati con l'ulteriore osservazione che esiste un terzo lato dei contratti di PPP, costituito dai cittadini /utenti. Di tale tema il Codice dei contratti pubblici e le Direttive comunitarie di settore (tanto quelle del 2004 che quelle del 2014) non si occupano.

Nell'attuale assetto dei rimedi giurisdizionali, disciplinati in sede comunitaria dalla Direttiva 89/665/CEE, il cittadino non ha la possibilità di ricorrere al Giudice per lamentare illegittimità commesse nelle procedure di affidamento o nell'esecuzione dei contratti pubblici. Anche i controlli amministrativi si svi-

luppano ed esauriscono all'interno della pubblica amministrazione e non sono quasi mai attivabili dai soggetti privati. Sicché, il cittadino nulla può ove voglia sollevare delle doglianze avverso l'esercizio dell'attività amministrativa finalizzata all'affidamento o all'esecuzione di un contratto pubblico. Unica eccezione a quanto appena affermato è, forse, il potere di denuncia alla Commissione UE (in quanto organo istituzionalmente deputato al controllo sulla corretta applicazione del diritto dell'UE) *ex art. 258 T.F.U.E.*, in virtù del quale ogni singolo cittadino può presentare denuncia contro uno Stato membro per segnalare una misura (legislativa, regolamentare o amministrativa) o una prassi adottata dallo Stato membro in questione che, a suo giudizio, è contraria a una disposizione o a un principio del diritto dell'Unione.

Solo la nuova Direttiva appalti 2014/24/UE pare finalmente essersi resa conto di tale mancanza laddove, al Considerando n. 122, peraltro non recepito da nessun articolo, prevede che i «i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla Direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto». Pertanto, essi dovrebbero avere la possibilità «con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla Direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente Direttiva all'autorità o alla struttura competente»³⁸.

In linea di principio, i controlli attivabili dai cittadini potrebbero essere formali ovvero di risultato. I primi si riferiscono alla legittimità dei singoli atti adottati dalle pubbliche amministrazioni e si inseriscono nell'ambito del modello tradizionale dell'amministrazione per atti, dove ciò che più conta è la conformità dell'atto alla legge. I secondi, invece, consentirebbero di valutare l'attività amministrativa nel suo complesso in riferimento agli obiettivi concreti che la stessa deve raggiungere. A tale riguardo, può essere facilmente osservato che dal punto di vista dei cittadini-utenti dell'attività amministrativa ciò che più conta è, senza dubbio, il conseguimento del *risultato* dell'attività amministrativa, più che il mero rispetto della legalità senza raggiungimento di risultati.

Il terzo lato del rapporto, ovvero quello degli utenti-destinatari dell'attività amministrativa, appare particolarmente rilevante per quelle operazioni di PPP (come le concessioni di lavori e servizi o la finanza di progetto) che implicano la gestione privata di un servizio, i cui destinatari sono, appunto i cittadini amministrati. Si pensi al settore della sanità, ove gli utenti-cittadini affidano al concessionario privato la propria salute, diritto costituzionalmente riconosciuto ai sensi dell'art. 32 Cost.

È, dunque, necessario che la logica imprenditoriale e orientata al mercato che governa i PPP non influisca negativamente sui servizi resi ai cittadini, ai quali dovrebbero essere dati strumenti di controllo adeguati. A tale fine, peraltro, i livelli dei servizi resi dai privati dovrebbero essere misurabili e i risultati di tali misurazioni dovrebbero essere resi noti, in forme semplici e trasparenti, agli stessi cittadini. Su tale base, i cittadini potrebbero avere la possibilità di pretendere, anche giudizialmente, che i livelli di prestazione promessi o dovuti dai concessionari privati siano effettivamente resi.

In relazione a tale ultima considerazione, seppure il nuovo codice di cui al d.lgs. 50/2016 trascura il tema, l'ordinamento interno offre lo strumento, ancora poco utilizzato e sottovalutato, dell'azione giudiziale di cui al d.lgs. 20.12.2009, n. 198, ovvero quella finalizzata all'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici, proponibile da parte di gruppi omogenei di cittadini (Fidone, 2012). Tale azione, tra l'altro, è finalizzata a ripristinare «la corretta erogazione di un servizio», nel caso di violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero di violazione di *standard* temporali, qualitativi ed economici.

Tale forma di tutela innovativa sposta il giudizio amministrativo sull'attività amministrativa, che viene giudicata in relazione al suo risultato. Il modello, certamente da perfezionare, potrebbe consentire ai cittadini di controllare che il passaggio da forme tradizionali di gestione dei servizi pubblici (appalti) a forme innovative fondate sull'utilizzazione di modelli di PPP non comporti perdite di efficacia ed efficienza in termini di servizi resi agli utenti.

In linea generale, il perseguimento dell'efficienza della contrattazione pubblica implica il superamento del controllo formale della legittimità del singolo atto amministrativo, che da sempre ha caratterizzato la giustizia amministrativa e contabile del nostro Paese (Cafagno, 2013a; Bottino, 2013). Il controllo giudiziale dovrebbe spostarsi sul risultato di una certa attività amministrativa, ad esempio sugli esiti di una procedura di affidamento o sull'esecuzione di un contratto, in termini di spesa, qualità, tempestività. A tali fini, appare necessario stabilire *a priori* quale debba essere il risultato (*performance*) programmato della pubblica amministrazione, anche attraverso al ricorso a valori *standard* universalmente riconosciuti, e poi procedere alla verifica del risultato conseguito. Peraltro, tale forma di controllo non necessariamente implicherebbe una valutazione di merito da parte del giudice poiché, qualora il raggiungimento di una determinata *performance* contrattuale fosse doveroso in virtù di una legge che obbligasse l'amministrazione prima a programmarla e poi a raggiungerla, lo stesso controllo avrebbe la natura di un controllo di legittimità dell'operato complessivo (non di un singolo atto) dell'amministrazione (Fidone, 2012).

8. Inefficienza e corruzione

Il problema della corruzione, soprattutto nel nostro Paese, è centrale nella contrattualistica pubblica e non può essere omesso in riferimento ai contratti di PPP. Tuttavia, la disciplina dei contratti pubblici dovrebbe *in primis* garantire l'efficienza, ovvero il buon risultato (*performance*) del contratto, in termini di spesa, qualità e tempestività. La disciplina comunitaria, da ultimo novellata dalle nuove Direttive del 2014, si occupa essenzialmente di questo problema.

Il problema del rischio di corruzione, per la sua rilevanza, meriterebbe una trattazione separata e approfondita (tra gli altri: Mattarella, 2007 e 2013; Merloni, Vandelli, 2010. Più specifici sulla contrattualistica pubblica, Sandulli, Cancrini, 2010; Vannucci, 2011)³⁹.

Vale la pena rilevare che la preoccupazione principale del Legislatore comunitario è quella dell'efficienza delle scelte dell'amministrazione, perseguita attraverso la flessibilità delle aggiudicazioni. Dunque, il Legislatore comunitario non rinuncia all'efficienza e sposta la lotta alla corruzione su misure diverse da quelle basate sulla privazione della discrezionalità amministrativa, senza però entrare nel merito delle stesse e lasciando gli Stati membri liberi di adottare le opportune soluzioni.

In Italia, invece, per molto tempo, a partire dalla l. 11.02.1994, n. 109, c.d. Merloni, si è creduto che la corruzione potesse essere ostacolata attraverso l'irrigidimento di procedure amministrative e modelli contrattuali e con la creazione di automatismi tali da impedire l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Tale atteggiamento è stato giustificato con la preoccupazione che le procedure flessibili e le negoziazioni si possano prestare facilmente a fenomeni di corruzione e collusione. Su tale base si è assistito ad una sostituzione del Legislatore all'Amministrazione, che si è trovata solo ad applicare modelli rigidi predefiniti.

Si è però visto che la limitazione della discrezionalità amministrativa, soprattutto nel caso di contratti complessi come i PPP, è fonte di inefficienza, dal momento che impedisce la costruzione di procedure di affidamento e modelli contrattuali esattamente calibrati sul contratto da aggiudicare e eseguire. Inoltre, l'assenza di negoziazioni (tanto in fase di scelta del contraente che in corso di esecuzione del contratto) impedisce alla pubblica amministrazione di migliorare la sua conoscenza dell'oggetto contrattuale complesso e di fare scelte più consapevoli.

Detto in altre parole, nel nostro Paese per contrastare la corruzione si è rinunciato *a priori* all'efficienza, soprattutto nel caso dei contratti complessi, con la conseguenza di cattive condizioni contrattuali, eccessi di spesa, qualità scadente, commesse inutili, cattiva progettazione ecc. (Fidone, 2015).

L'esperienza dimostra, inoltre, che le rigidità dell'attuale regolazione dei contratti pubblici non hanno nemmeno contrastato in alcun modo il dilagare della corruzione, che costituisce una grave patologia della contrattualistica pubblica italiana.

Solo negli ultimi tempi, sembra che il legislatore abbia preso atto che inefficienza e corruzione sono due mali diversi e altrettanto gravi. La corruzione deve essere combattuta senza rinunciare a priori all'efficienza dei contratti, attraverso misure *esterne* alle procedure di affidamento, nella consapevolezza che la gara non può essere un rimedio unico che insieme risolve i problemi di inefficienza e di corruzione. La gara deve avere come obiettivo selezionare la migliore offerta possibile. Fuori dalla gara, occorre individuare misure contro la corruzione, senza rinunciare ad una scelta efficiente (Fidone, 2015).

Tale filosofia pare essere stata finalmente recepita dal Legislatore che, se pure non ha (ancora) restituito alla pubblica amministrazione la giusta e necessaria dose di discrezionalità, si è però mosso nel senso di prevedere misure anticorruzione indipendenti dallo svolgimento della procedura di gara, come dimostrano la l. 6.11.2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, il d.l. 26.06.2014, n. 90, convertito in l. 11.08.2014, n. 114 (che ha specifico riguardo ai contratti pubblici). Il d.lgs. 50/2016 appare muoversi in continuità con la tendenza da ultimo segnalata, con nuove prospettive e scenari che dovranno essere attentamente valutati.

9. Accentramento normativo e recepimento delle nuove Direttive

Nel centocinquantenario dell'allegato F sulle opere pubbliche alla l. 2248 del 20 marzo 1865 per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia, che (insieme agli altri allegati alla medesima legge) sanciva l'esistenza di un sistema amministrativo accentrato, il settore dei contratti pubblici, che oggi comprende oltre alle opere anche i servizi e le forniture, si trova ad un nuovo anno zero. Nel mese di aprile del 2016, infatti, il diritto interno ha recepito il nuovo pacchetto di Direttive europee del 2014 con il d.lgs. 50/2016.

Quanto esposto nel presente contributo evidenzia che il Legislatore interno continua a regolare ciò che il diritto europeo non ha voluto regolare. In tale caso, diversamente da quanto è accaduto per la disciplina generale dei contratti pubblici (v. F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accerchiamento*, in questo volume), l'accentramento normativo non può considerarsi come conseguenza del diritto europeo.

Il diritto interno, nel tentativo di trovare risposte alla perdurante crisi economica degli ultimi anni e alla crescente scarsità di fondi pubblici per la realiz-

zazione di infrastrutture ha, infatti, progressivamente introdotto nuove figure contrattuali riconducibili al PPP e emendato la disciplina di quelle già contemplate con continui interventi correttivi (caso emblematico è quello della finanza di progetto. Si veda Cartei, Ricchi, 2010 e 2015). Ne sono derivate discipline incoerenti e frammentate, che hanno generato incertezza tra gli operatori, e che hanno paralizzato o quantomeno limitato l'effettivo utilizzo dei PPP, determinandone l'inadeguatezza a costituire una valida misura per il contrasto della stessa crisi economica.

In tale contesto, si sono innestate le tre nuove Direttive del 2014 che, come già osservato, ancora una volta non contemplano la categoria generale del PPP. Ciò appare particolarmente rilevante, se si considera che la Direttiva 2014/23/UE, per la prima volta, detta una disciplina organica delle concessioni, ovvero del contratto principale di Partenariato.

Si pongono i problemi se, a seguito delle nuove Direttive 2014, il concetto di PPP abbia ancora una sua autonomia giuridica e, in caso di risposta positiva, quale sia il diritto comunitario di riferimento (il problema è affrontato da Chiti, 2015). Le due questioni devono avere una risposta congiunta e ci sono tre possibili soluzioni.

La prima è quella della riconducibilità del PPP alla Direttiva appalti. Ciò vorrebbe dire che il PPP non sarebbe una categoria autonoma ma una sotto-categoria dell'appalto. Tuttavia, come si è visto, i contratti di appalto devono considerarsi ontologicamente estranei alla nozione di PPP, in quanto mancanti della caratteristica del trasferimento del rischio. Tra l'altro, è ovvio che i principali contratti di PPP ovvero le concessioni (di lavori e servizi) non potrebbero comunque andare sotto la Direttiva appalti, essendo espressamente disciplinati dalla nuova Direttiva 23. Dunque, i PPP appaiono cosa distinta dai contratti di appalto e non devono considerarsi assoggettabili alla Direttiva appalti e alle procedure di aggiudicazione tipizzate da tale Direttiva⁴⁰.

La seconda è quella della riconducibilità del PPP sotto la Direttiva concessioni 23/2014/UE. Ciò vorrebbe dire che il PPP non sarebbe categoria autonoma ma una sotto-categoria delle concessioni.

Se per le concessioni è scontato che esse ricadano nel campo di applicazione della Direttiva 23, vi sono, però, contratti di partenariato diversi dalle concessioni, che prescindono dalla gestione (che è elemento caratterizzante la concessione)⁴¹. Il problema diventa capire se dopo la Direttiva 23 anche tali contratti debbano fare riferimento alla Direttiva concessioni. Ciò vorrebbe dire che vi sarebbe stato un allargamento del concetto di concessione tale da farvi entrare anche le altre forme di PPP.

Argomento a favore potrebbe essere che la nuova Direttiva sembra ampliare la definizione di concessione, laddove contempla espressamente per la prima volta

la concessione c.d. fredda⁴² ma, tuttavia, non pare ammissibile che tale definizione possa essere allargata a tal punto da prescindere dalla fase della gestione⁴³.

Quanto detto porta a ritenere che le forme di PPP prive della fase di gestione non possano essere ricondotte alla fattispecie della concessione e non dovrebbero ricadere nel campo di applicazione della Direttiva concessioni.

La terza possibilità è quella che il PPP sia una categoria concettuale autonoma (e non una sottocategoria degli appalti o delle concessioni) che non possa essere ricondotta né sotto la Direttiva 24 né sotto la 23, salvo per il caso eccezionale di quei PPP che sono le concessioni (ai quali è dedicata la Direttiva 23). Evidentemente, se le prime due risposte non sono corrette, deve essere vera quest'ultima. Dunque, il PPP sarebbe una categoria autonoma che comprende le concessioni ed è cosa diversa dagli appalti, così conservando rilevanza giuridica autonoma.

Detto in altri termini, per il diritto europeo vi sarebbero due contratti tipizzati (ovvero gli appalti e le concessioni, oggetto di due Direttive specifiche) e assoggettati a specifiche discipline, mentre i contratti di PPP rimarrebbero contratti atipici, in quanto non previsti né regolati da alcuna Direttiva. Al di fuori dei due contratti tipizzati dalle Direttive 24 (appalti) e 23 (concessioni) saremmo in presenza di un principio comunitario di atipicità delle altre forme di contrattazione tra pubblica amministrazione e privati e, in tale ambito, ben potrebbero esistere (negli ordinamenti nazionali) altri contratti di PPP diversi dalle concessioni. Tale atipicità parrebbe riguardare tanto i modelli contrattuali quanto le procedure di aggiudicazione, che comunque devono essere espletate nel rispetto dei principi comunitari.

Se ciò è vero, la serie di contratti pubblici che il diritto interno annovera tra i PPP (quelli diversi dalle concessioni) rimarrebbero privi di ancoraggio nel diritto dell'Unione. Ciò varrebbe, ad esempio, per la locazione finanziaria, per i contratti di disponibilità, per le sponsorizzazioni, per le sponsorizzazioni tecniche di beni culturali, per il contraente generale⁴⁴.

In tale contesto, la legge delega per il recepimento delle nuove Direttive europee del 2014⁴⁵, l. 28 gennaio 2016, n. 11, da un lato, prevedeva la creazione di una «disciplina organica dei contratti di concessione» a recepimento della Direttiva 2014/23/UE⁴⁶; dall'altro lato, prevedeva la «razionalizzazione ed estensione» delle forme di PPP, «incentivandone l'utilizzo anche attraverso il ricorso a strumenti di carattere finanziario innovativi e specifici»⁴⁷. Il codice di cui al d.lgs. 50/2016 ha poi dedicato alle concessioni la parte III e al PPP la parte IV. Sarebbe emersa, dunque, una separazione concettuale tra i contratti di concessione e i contratti di PPP, che dovrebbero essere assoggettati a discipline diverse⁴⁸.

Ciò appare coerente con la tesi che si è appena sostenuta dell'autonomia dei contratti di PPP rispetto alla Direttiva concessioni. Peraltro, la mancanza di

una base di diritto europeo non può impedire al Legislatore nazionale di disciplinare tali istituti, non essendo tale tematica parte delle competenze esclusive dell'Unione, con l'ovvio limite che la disciplina interna di tali contratti deve essere compatibile con principi generali del diritto europeo.

Si pone, in ultimo, il problema della compatibilità delle disposizioni interne relative ai contratti di PPP (non espressamente previsti dalle Direttive) e il divieto di *gold plating*. Ciò soprattutto poiché il disegno di legge delega afferma espressamente il «divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14 comma 24 ter e 24 quater della legge 28 novembre 2005 n. 246»⁴⁹.

In riferimento a tale ulteriore problema, si devono distinguere due casi. Il primo è quello delle fattispecie di PPP riconducibili alla concessione (come ad esempio la finanza di progetto *ex art.* 183 del nuovo Codice) che costituiscono, a ben vedere, disposizioni sulle concessioni non contemplate dalla Direttiva 23, per le quali si potrebbe porre un problema di violazione del divieto di *gold plating*. Il problema della legittimità di tale disciplina, anche sotto il profilo dell'eccesso di delega (considerato il limite espressamente previsto dall'art. 1, comma 1, lett a), l. 11/2016), può dunque porsi⁵⁰.

Il secondo caso è quello dei contratti di PPP non riconducibili al modello della concessione che, secondo quanto si è sostenuto, non avrebbero copertura nella Direttiva 23 e non sarebbero tipizzati nel diritto comunitario. Essendo fattispecie estranee alla Direttiva 23, non dovrebbero porsi problemi di violazione del divieto di *gold plating* e, dunque, il legislatore interno rimane libero di prevederli e regolarli. Dunque, tali contratti potrebbero continuare ad esistere e, secondo quanto previsto dalla legge delega, potrebbero essere oggetto di «razionalizzazione e implementazione».

Tuttavia, la disciplina introdotta non deve essere interpretata nel senso di introdurre un principio di nominatività e tipizzazione dei modelli di contratto di PPP, imbrigliando le amministrazioni a doversi necessariamente attenere ai tipi contrattuali previsti dal Codice. Al contrario, nel rispetto del principio di atipicità (che, come si è detto, si desume dall'ordinamento europeo), i modelli tipo previsti dal nuovo Codice devono considerarsi solo esemplificativi, lasciando spazio alle amministrazioni di costruire su misura il contratto (atipico) più opportuno in relazione al fabbisogno.

Inoltre, in assenza di una tipizzazione europea delle procedure di affidamento dei PPP (tanto per le concessioni, in applicazione della Direttiva 23, quanto per gli altri contratti di PPP che non hanno copertura comunitaria) non devono più essere giustificate inutili e distorsive complicazioni procedurali del diritto interno, che hanno generato inefficienza e incertezza tra gli operatori (si pensi alla tormentata vicenda della finanza di progetto)⁵¹.

In conclusione, l'accentramento normativo non deve avere l'effetto di privare le amministrazioni della necessaria dose di discrezionalità, indispensabile per l'efficienza dei PPP, tanto in fase di aggiudicazione dei contratti che di esecuzione. Il Legislatore non deve sostituirsi all'amministrazione. La discrezionalità non deve essere vista come un pericolo per l'integrità della contrattazione pubblica (che va preservata con strumenti diversi, v. *supra*, § 8) ma come opportunità di efficienza. Solo così il PPP potrà contribuire all'auspicato rilancio dell'economia nazionale dopo la crisi economica.

Note

- ¹ Il lavoro è stato aggiornato tenendo conto dell'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. aprile 2016 n. 50, intervenuta nelle more della correzione dell'ultima bozza del presente testo. Tale aggiornamento non ha, tuttavia, la pretesa di esaurire le criticità che pone la nuova disciplina, indubbiamente innovativa e articolata e, in quanto tale, problematica.
- ² Tale libro verde prevede anche la forma del PPP *istituzionalizzato*, ove il *partner* pubblico e il *partner* privato creano un soggetto giuridico *ad hoc* al quale entrambi partecipano (es. una società a capitale misto), preposto a intraprendere l'operazione. Sul PPP istituzionalizzato si rinvia a Commissione europea, 2008.
- ³ Art. 3, comma 15 *ter*, d.lgs.163/2006.
- ⁴ Ai sensi della lettera eee) del d.lgs. 50/2016, con il contratto di partenariato pubblico privato la stazione appaltante conferisce a uno o più operatori economici, per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore.
- ⁵ Considerando 18 dir. 2014/23/UE.
- ⁶ Ad esempio, C. giust., 10.3.2011, C-274/09, *Privater Rettungsdienst c. Krankentransport Stadler* (CGCE, 10.3.2011, C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*).
- ⁷ C. giust., 10.9.2009, C-206/08, *Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreismgemeinden (WAZV Gotha) c. Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH*; C.giust., 15.10.2009, C-196/08, *Acosez*; C. giust., 13.11.2008, C-437/07 *Commissione c. Italia*; C. giust., 10.03.2011, C-274/09, (cfr. nota 4); C. giust., 18.07.2007, C-382/05, *Commissione c. Italia*, Racc. pag. I-6657; C. giust., 13.10.2005, C-458/03 *Parking Brixen*. Nella Giurisprudenza interna: TAR Campania, Napoli, sez. I, 3.05.2012, n. 2014; Cons. St., sez. V, 9.09.2011, n. 5068; Cons. St., sez. V, 6.06.2011, n. 3377; Cons. St., sez. V, 13.06.2012, n. 3474; Cons. St., sez. VI, 4.09.2012, n. 4682.
- ⁸ Dir. 2014/23/UE, Considerando 18. Tale principio è recepito all'art. 5, comma 1, della stessa Direttiva.
- ⁹ Ad esempio, il TAR Lombardia, Milano, sez. III, 16.12.2011, n. 3200.
- ¹⁰ C. giust., 10.3.2011, C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*.
- ¹¹ Per la distinzione tra opere calde e fredde, ad esempio, TAR Puglia, Bari, Sez. I, 9.9.2004, n. 3877. Si ricordi che anche l'art. 143, comma 9, del d.lgs. 163/2006 prevede espressamente che il contratto di concessione di lavori possa avere ad oggetto opere fredde.
- ¹² Ad esempio, la disciplina del contratto di disponibilità, di cui all'art. 160 *ter* del Codice dei contratti pubblici, prevede che, in caso di mancata erogazione del servizio, ci sia una riduzione del canone.
- ¹³ In Inghilterra le strade sono, per scelta politica, pubbliche e esenti da pedaggio e, quindi, classificabili come opere fredde. In tali casi, il canone di disponibilità pagato dall'amministrazione al concessionario, viene sovente commisurato all'effettivo volume di traffico sviluppato sull'arteria stradale data in concessione, cioè in relazione al numero di passaggi di automobili sulla strada, con il metodo del cosiddetto pedaggio ombra (*shadow toll*). In tale caso, il canone di disponibilità viene a dipendere dalle oscillazioni della domanda del servizio offerto dal concessionario e, dunque, il rischio trasferito più correttamente deve essere qualificato come rischio di domanda e non di disponibilità.
- ¹⁴ Direttiva 2014/23/UE, considerando 20 e art. 5, comma 1.

- ¹⁵ Sul PEF si confrontino, tra le altre, Con. St., Sez. V, 23.3.2009, n. 1741; TAR Lombardia, Brescia, 26.5.2009, n. 1064; TAR Puglia, Bari, 19.4.2007, n. 1087; TAR Sicilia, Catania 13.11.2006, n. 2193.
- ¹⁶ TAR Puglia, Bari, Sez. I, 9.9.2004, n. 3877. Si confronti anche TAR Puglia, Sez. III, 9.7.2004, n. 2993. Entrambe riguardano la finanza di progetto.
- ¹⁷ Si confronti l'art. 143, comma 8, del d.lgs.163/2006. Anche la nuova 2014/23/UE, al Considerando 18, ha chiarito che «ai fini della valutazione del rischio operativo, dovrebbe essere preso in considerazione in maniera coerente ed uniforme il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario».
- ¹⁸ Cons. St., Sez. V, 11.7.2002, n. 3916; TAR Campania, Sez. I, 26.5.2004, n. 9517.
- ¹⁹ Per tale motivo, il legislatore interno ha recentemente introdotto, con specifico riguardo alle concessioni di lavori, una serie di disposizioni finalizzate, da un lato, a favorire l'effettivo finanziamento della concessione e, dall'altro, a trasferire sul concessionario il rischio del mancato finanziamento (art. 143 comma 8 *bis*, e art. 144 commi 3 *bis-ter-quater*, del d.lgs. 163/2006).
- ²⁰ Lo stesso considerando 68 della Direttiva 2014/23/UE afferma esplicitamente che le concessioni sono accordi «complessi».
- ²¹ Su queste due basi, interessi contrapposti e asimmetria informativa, nei contratti di concessione il rapporto tra pubblico e privato può essere assimilato a quello studiato dagli economisti nella c.d. *teoria dell'agenzia* (Nicita, Scoppa, 2005: 29 sgg.). Tale teoria studia i rapporti intercorrenti tra un committente (*principle*) e un agente (*agent*), ove quest'ultimo è un soggetto remunerato dal primo per realizzare il proprio interesse (Prosperetti, Merini, 2010). La teoria dell'agenzia può trovare applicazione per l'inquadramento teorico di varie fattispecie ed anche per le problematiche relative alla pubblica amministrazione. I rischi di tale tipo di rapporti è che, approfittando di un suo vantaggio informativo, l'*agent* possa assumere dei comportamenti di tipo opportunistico, che tendano a massimizzare la propria utilità a danno di quella del committente, tanto al momento della sua selezione quanto nell'esecuzione del rapporto. La bibliografia internazionale su tale teoria è vastissima.
- ²² Gli economisti definiscono effetto di selezione avversa (*adverse selection*) quell'effetto per il quale hanno più probabilità di partecipare allo scambio volontario quei soggetti (compratori o venditori) che meno possiedono le qualità preferite.
- ²³ La parola *lemon* è usata nel gergo americano per indicare un'automobile che è scoperta difettosa solo dopo che è stata comprata e potrebbe essere tradotta in italiano con il termine, altrettanto gergale, di *bidone*.
- ²⁴ Si tratta dell'asta *all'inglese*, una procedura basata su offerte palesi al rilancio; della gara al miglior prezzo (o all'offerta più vantaggiosa) in busta chiusa; dell'asta alla seconda miglior offerta, in busta chiusa; dell'asta *olandese*, ove il banditore indica un prezzo iniziale e lo riduce progressivamente, sino a che uno dei concorrenti non lo interrompa, aggiudicandosi l'oggetto al prezzo annunciato in quel momento.
- ²⁵ Art. 28 sgg. Direttiva 2004/18/CE.
- ²⁶ Art. 53 della Direttiva 2004/18/CE.
- ²⁷ La nozione di complessità dell'appalto può essere desunta dalla stessa norma dell'art. 58 del Codice dei contratti pubblici, ai sensi della quale possono essere considerati complessi gli appalti per i quali la stazione appaltante non sia oggettivamente in grado di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare la sua necessità e i suoi obiettivi e di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto. La complessità di un appalto può dunque coinvolgere aspetti tecnici e progettuali, giuridici o finanziari.
- ²⁸ Art. 31 Direttiva 2014/23/UE.
- ²⁹ Art. 40 Direttiva 2014/23/UE.
- ³⁰ Art. 68 Direttiva 2014/23/UE.
- ³¹ Art. 29 Direttiva 2014/23/UE.

- ³² Dovevano cioè ricorrere le condizioni previste dall'art. 29 della Direttiva 2004/18/CE. Inoltre, il Considerando 31 della stessa Direttiva prevedeva che esso fosse utilizzabili nei casi in cui le amministrazioni aggiudicatrici potessero trovarsi «nell'impossibilità oggettiva, non per carenze loro imputabili, di definire i mezzi atti a soddisfare le loro esigenze o di valutare ciò che il mercato può offrire in termini di soluzioni tecniche e/o di soluzioni giuridico/finanziarie».
- ³³ Si confronti l'art. 30 della Direttiva 2014/24/UE.
- ³⁴ Si veda, ad esempio, il Libro Verde del 2004 (30 aprile 2004) sul PPP. In un passaggio si afferma esplicitamente: «Secondo la Commissione, il recepimento nel diritto nazionale della procedura di dialogo competitivo permetterà alle parti interessate di disporre di una procedura particolarmente adeguata all'aggiudicazione dei contratti qualificati come appalti pubblici in occasione dell'attuazione di un PPP di tipo puramente contrattuale, pur preservando i diritti fondamentali degli operatori economici».
- ³⁵ La possibilità di ricorrere alla negoziazione è espressamente prevista dall'art. 37, par. 6, della Direttiva 2014/23/UE, che ammette «la libertà di negoziazioni con i candidati e gli offerenti».
- ³⁶ Ad esempio, l'art. 18 della Direttiva 2014/23/UE disciplina la durata della concessione, che se protratta per un tempo eccessivo può determinare una restrizione della concorrenza (art. 18); il subappalto che può determinare l'elusione dei principi comunitari in tema di affidamento dei contratti pubblici (art. 42); la risoluzione della concessione, che è prevista nei casi in cui si renda necessario un nuovo affidamento concorrenziale (art. 44).
- ³⁷ Si tratta delle disposizioni di cui agli artt. da 113 a 120 e, per i soli appalti di lavori, da 126 a 141, che sono devono ritenersi, in linea di principio, applicabili anche alle concessioni, fatte salve le disposizioni speciali dettate per la concessione di lavori dall'art. 148 del Codice e dagli artt. da 156 a 160, in relazione alla finanza di progetto.
- ³⁸ Lo stesso Considerando 122 della Direttiva 2014/24/UE prevede anche che «al fine di non creare duplicazioni di autorità o strutture esistenti, gli Stati membri dovrebbero essere in grado di prevedere il ricorso ad autorità o strutture di controllo generali, organi di vigilanza settoriali, autorità di vigilanza comunali, autorità competenti in materia di concorrenza, al Mediatore o ad autorità nazionali competenti in materia di *audit*».
- ³⁹ Si può rilevare che la corruzione nasce da un rapporto di agenzia, che si aggiunge a quello esistente tra *partner* pubblico e privato, ovvero quello che si crea tra amministratori-*agent* (ad esempio, i politici, il sindaco ecc.) e amministratori-*principle*, che poi usufruiranno dell'opera pubblica o del servizio (tale rapporto è studiato da Napolitano, 2009: 203 sgg.). Infatti, gli amministratori e i politici sono soggetti che dovrebbero realizzare l'interesse della collettività amministrata e da questa sono direttamente scelti (nel caso dei politici con le elezioni) ovvero indirettamente (nel caso in cui gli amministratori pubblici siano assunti da altri amministratori pubblici che dovrebbero sempre curare l'interesse pubblico della collettività amministrata e, in questo caso, si avrebbe un ulteriore problema di agenzia). Anche in questo secondo rapporto di agenzia si ha un'asimmetria informativa a danno del *principle*-collettività amministrata, che riguarda l'operato degli amministratori-*agent*. Conseguentemente, non è detto che gli amministratori pubblici tutelino l'interesse degli amministrati nelle procedure volte all'aggiudicazione di un contratto, nella sua esecuzione o nelle rinegoziazioni. Potrebbe succedere, infatti, che approfittando dello svantaggio informativo della collettività amministrata l'amministratore (che dovrebbe rappresentarla e curarne l'interesse) favorisca il proprio vantaggio personale in danno all'interesse pubblico. In tale contesto, dunque, si possono inserire fenomeni corruttivi, dal momento che, in assenza di controlli adeguati e di informazione dei cittadini rappresentati, il funzionario potrebbe trovare conveniente farsi corrompere e realizzare il proprio interesse (coincidente con quello del privato) e non con quello della collettività amministrata. Se, dunque, il rapporto di agenzia tra i *partner* pubblico e privato determina un problema di efficienza dei contratti (tanto nell'affidamento quanto nell'esecuzione degli

- stessi), il nuovo rapporto di agenzia qui introdotto (quello tra amministratori e amministrati) spiega il problema della corruzione. In entrambi i casi i problemi (inefficienza e corruzione) sono legati alla cattiva informazione dei rispettivi *principles*.
- ⁴⁰ Tale aspetto non è così scontato nel diritto interno. Ad esempio, l'art. 160 *bis*, comma 1, espressamente definiva la locazione finanziaria (che ai sensi dell'art. 3, comma 15 *ter*, è PPP) come «appalto pubblico di lavori». Anche la giurisprudenza interna ha spesso ritenuto contratti di PPP riconducibili alla figura generale dell'appalto, come nel caso della locazione finanziaria, del contraente generale. L'art. 187, comma 1, del nuovo Codice di cui al d.lgs. 50/2016 conferma tale definizione.
- ⁴¹ Nell'ordinamento interno, ad esempio, vi sono locazione finanziaria, il contratto di disponibilità, il contraente generale, e la sponsorizzazione tecnica di beni culturali.
- ⁴² Direttiva 2014/23/UE, considerando 18.
- ⁴³ Peraltro, alcuni contratti disciplinati nel diritto interno (locazione finanziaria, contratto di disponibilità) potrebbero rientrare nell'esclusione espressa dall'applicazione della Direttiva 2014/23/UE, ai sensi dell'art. 10, comma 8, lett. a) della stessa Direttiva, in quanto rientranti nella categoria de «l'acquisto o la locazione, quali che siano le relative modalità finanziarie, di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni».
- ⁴⁴ Tutti tali istituti appartenevano al d.lgs. 163/2006 e sono oggi contemplati dalla parte IV del nuovo Codice di cui al d.lgs. 50/2016.
- ⁴⁵ Come noto, si tratta delle Direttive 2014/23/UE, sulle concessioni; 2014/24/UE sugli appalti e 2014/25/UE sui settori speciali.
- ⁴⁶ Art. 1, comma 1, lett. hhh), della l. 11/2016.
- ⁴⁷ Art. 1, comma 1, lett. ss, l. 11/2016.
- ⁴⁸ Come detto nel testo, nel nuovo Codice di cui al d.lgs. 50/2016, in attuazione della delega di cui alla l. 11/2016, i modelli di PPP nella parte IV e sono distinti dalle concessioni, che sono disciplinate dalla parte III. Il parere del Consiglio di Stato – Adunanza della Commissione speciale n. 855 del 1 aprile 2016 aveva, peraltro, ribadito la necessità di una definizione unica di PPP che comprenda tanto le opere calde (e dunque le concessioni) che le opere fredde (commento all'art. 180). Si è così pervenuti all'attuale formulazione dell'art. 180, comma 8, che nella categoria generale del *partenariato pubblico privato* comprende anche le concessioni.
- ⁴⁹ Art. 1, comma 1, lett. a), l. 11/2016. Sul punto, il parere del Consiglio di Stato – Adunanza della Commissione speciale n. 855 del 1 aprile 2016 ha affermato che tale divieto «va rettammente interpretato in una prospettiva di riduzione degli “oneri non necessari”, e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive» (punto IIa).
- ⁵⁰ La bozza del nuovo Codice approvata dal Consiglio dei Ministri in data 3.3.2016 conferma la presenza delle disposizioni sulla finanza di progetto (art. 183), comprese nel titolo dedicato ai contratti di PPP.
- ⁵¹ Tale approccio è, peraltro, quello seguito dal legislatore spagnolo fin dal r.d.l. 3/2011, (art. 11, 134, 313 e 314). L'oggetto del contratto di PPP non contiene un *numerus clausus* di prestazioni ma lascia aperta la possibilità che i soggetti interessati possano con libertà determinarlo in modo variabile e in relazione al caso concreto. La regolazione del contratto di PPP si limita dunque a stabilire un quadro normativo che permetta l'attuazione al settore pubblico e offra garanzie al partner privato (Tornos Mas, Martínez Martínez, 2013).

Riferimenti bibliografici

- Akerlof G. 1970, *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*, in *Quarterly Journal of Economics*.
- AVCP 2013, *Linee guida sulle operazioni di leasing finanziario e sul contratto di disponibilità*, 4, 22.05.2013.
- Bottino G. 2013, *I modelli convenzionali di partenariato pubblico-privato: la giurisdizione della Corte dei conti*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano.
- Cafagno M. 2011, *Lo Stato Banditore*, Giuffrè, Milano.
- 2010, *Vincoli di gara ed affidamenti concessori nel diritto europeo*, in G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e Prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- 2013a, *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in *Rivista di diritto pubblico comunitario*: 991-1020.
- 2013b, *La responsabilità amministrativa nascente dalla violazione delle norme di gara e l'evoluzione della disciplina dell'evidenza pubblica*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano.
- Cafagno M., Botto A., Fidone G., Bottino G. (a cura di) 2013, *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano.
- Cartei G.F. 2010, *Interesse pubblico e rischio: il principio di equilibrio economico-finanziario nella finanza di progetto*, in G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e Prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- 2015, *Rischio operativo, equilibrio economico finanziario e disciplina delle sopravvenienze*, in G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e Prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Cartei G.F., Ricchi M. (a cura di) 2010, *Finanza di Progetto. Temi e Prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- (a cura di) 2015, *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Chiti M.P. (a cura di) 2009, *Il partenariato pubblico-privato*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- 2015, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Clarich M. (a cura di) 2010, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino.
- 2013, *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano.

- Comporti G.D. (a cura di) 2011a, *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- 2011b, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in Id. (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Commissione europea 2004, libro verde *Relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*.
- 2005, *Comunicazione sui PPP e sul diritto degli appalti pubblici e delle concessioni*, 15.11.2005 (COM 2005, 569).
- 2008, *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPPI)*, Bruxelles, 05.02.2008, (COM 2007, 6661).
- 2011, *Libro verde relativo alla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti* (COM 2011, 15).
- Doni N., Mori P.A. 2011, *Appalti pubblici e discrezionalità: problemi e soluzioni secondo la teoria economica*, in G.D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Fidone G. 2006, *Aspetti giuridici della finanza di progetto*, Luiss University Press (LUP), Roma.
- 2007, *Dalla rigidità della legge Merloni al recepimento del dialogo competitivo: il difficile equilibrio tra regole e discrezionalità*, in *Foro Amministrativo – TAR*, 12.
- 2012a, *Dalla locazione finanziaria al contratto di disponibilità: l'evoluzione del contratto di leasing immobiliare pubblico*, in *Foro Amministrativo – TAR*, X (3): 1038-1070.
- 2012b, *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Giappichelli, Torino.
- 2013, *Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano.
- 2015a, *Le concessioni di lavori e di servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista italiana del diritto pubblico comunitario*, 1.
- 2015b, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Il Giornale di Diritto Amministrativo*, 3.
- Mattarella B.G. 2007, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, il Mulino, Bologna.
- 2013a, *La prevenzione della Corruzione in Italia*, in *Il Giornale di diritto amministrativo*, 2: 123 sgg.
- (a cura di) 2013b, *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino.
- Merloni F., Vandelli L. (a cura di) 2010, *La corruzione amministrativa*, Passigli, Firenze.

- Mori P.A. 2010, *Motivazioni economiche e processi decisionali nella finanza di progetto*, in G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di) 2010, *Finanza di Progetto. Temi e Prospettive*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Napolitano G. 2009, *Analisi Economica del diritto pubblico*, il Mulino, Bologna.
- Nicita A., Scoppa V. (a cura di) 2005, *Economia dei Contratti*, Carocci, Roma.
- Parlamento europeo 2006, *Risoluzione del 16.10.2006 sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario in tema di appalti pubblici e concessioni*.
- Picozza E. 2010, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in C. Franchini C. (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Utet, Torino.
- 2013, *Le concessioni nel diritto dell'Unione Europea. Profili e prospettive*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano.
- Prosperetti L., Merini M. 2010, *I contratti pubblici di lavori servizi e forniture: una prospettiva economica*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino.
- Sandulli A.M. (a cura di) 1969, *I lavori pubblici*, in F. Benvenuti, G. Miglio (a cura di), *L'Unificazione Amministrativa e i suoi modelli*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, sez. IV, vol. I, Neri Pozza, Vicenza.
- Sandulli M.A., Cancrini A. 2010, *I contratti pubblici*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli: 437 sgg.
- Tornos Mas J., Martínez Martínez M.d.M. 2013, *Las Concesiones en el Derecho Español. Concesión de Obra Pública y Colaboración Público-Privada*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano.
- Travi A. 2013, *Il partenariato pubblico-privato: i confini incerti di una categoria*, in M. Cafagno et al. (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano.
- Unità Tecnica per la Finanza di Progetto (UTFP), *Partenariato Pubblico-Privato per la realizzazione di opere pubbliche: impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico*, 2004, in <<http://www.utfp.it>>.
- Vannucci A. 2011, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. Comperti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Vickrey W.S. 1961, *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, in *Journal of Finance*, XVI (1): 8-37.

LA CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI

Gian Franco Cartei

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. L'evoluzione della disciplina: l'affermazione del principio di concorsualità. 3. La procedura di aggiudicazione contrattuale: le indicazioni del diritto europeo e la Direttiva 2014/23/UE. 4. Principi della gestione e nozione di rischio nella disciplina delle concessioni di lavori pubblici. 5. Dal rischio di gestione al rischio operativo: gestione del servizio e disponibilità dell'opera pubblica. 6. La concessione alla prova della unificazione.

1. Premessa

Coeva alla prima disciplina giuridica sui lavori pubblici, contenuta nella legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F, è quella relativa ai sistemi della loro esecuzione, tra i quali trova posto, seppur in forma non ancora generale, la concessione (Sandulli, 1967: 57; Carnevale Venchi, 1980: 332 sgg.; Mari, 2006). Tipico istituto di diritto amministrativo, la concessione di lavori pubblici vanta una lunga storia avendo rappresentato per decenni un riferimento giuridico essenziale della disciplina sulle infrastrutture (Roehrsen, 1967: 304). Negli ultimi lustri, tuttavia, il quadro normativo di riferimento è significativamente mutato tanto che l'istituto concessorio conserva con il suo progenitore una parentela oramai lontana.

Basti pensare che la legge 24 giugno 1929, n. 1137, contenente disposizioni sulle concessioni di opere pubbliche, prevedeva che l'esecuzione delle opere pubbliche potesse avvenire «anche indipendentemente dall'esercizio delle opere stesse», tanto da distinguersi le ipotesi della concessione di costruzione ed esercizio da quella di sola costruzione (Sandulli, 1967: 57). Sarebbe sufficiente già questa preliminare notazione a segnalare la differenza che separa la disciplina concessoria di allora da quella odierna formatasi sul calco di una chiara matrice europea che a più riprese ne ha modificato i tratti originari, avvicinandola per taluni aspetti, e differenziandola per altri, rispetto a quella dell'appalto pubblico. Ed è proprio il rapporto con la disciplina dell'appalto che induce, tuttavia, a richiamare talune differenze tra i due istituti che, trascurate dal diritto nazionale originario, hanno ricevuto, invece, particolare attenzione dall'ordinamento europeo.

Il riferimento è duplice e riguarda tanto la procedura di scelta del concessionario quanto la gestione del servizio. Quanto al primo profilo, il principio della concorsualità costituisce un punto fermo della disciplina. Senonché in ambito europeo esso viene declinato in una prospettiva dissimile da quella che appa-

re propria dell'ordinamento nazionale. Quanto al profilo della gestione, le differenze con il passato affiorano sotto il profilo del rischio che incombe sul concessionario. Su entrambi tali aspetti si soffermano le considerazioni che seguono.

2. *L'evoluzione della disciplina: l'affermazione del principio di concorsualità*

Secondo un'opinione da tempo tramandata, la figura della concessione di lavori pubblici e le sue varianti tipologiche devono storicamente la loro fortuna giuridica alla possibilità per lo Stato di affidare al concessionario una serie di attività, inclusa la costruzione dell'opera, ritenute assai costose e poco idonee ad essere svolte da una pubblica Amministrazione. In vero, a tale rilievo occorre aggiungere che la concessione presentava il vantaggio ulteriore di avere molte delle caratteristiche dell'appalto senza con ciò che il procedimento di aggiudicazione richiedesse il ricorso alle procedure di evidenza pubblica (Pellizzer, 1990: 79 sgg.)¹.

Proprio il raffronto con l'appalto ha individuato, infatti, nella concessione una figura più semplice perché meno sottoposta alle procedure della scelta del contraente privato (Roerhssen, 1967: 303 sgg.). È principalmente su tale aspetto che la disciplina europea ha spiegato nel tempo il proprio effetto unificante al fine di contenere l'ampia libertà lasciata alle scelte discrezionali delle amministrazioni. Ed è noto che ancora dopo la vigenza della legge 8 agosto 1977, n. 584 non sono mancate per talune tipologie di concessione di opera pubblica tesi volte a dimostrare la legittimità dell'affidamento essenzialmente fiduciario mediante trattativa privata (Caranta, 2012: 124; Corsi, 2009).

Il quadro, ad ogni modo, è progressivamente mutato con la disciplina comunitaria che, abbandonando l'ambientazione pubblicistica tipica dell'esperienza nostrana, ha riformulato la tradizionale dogmatica dell'istituto concessorio (D'Alberti, 1981; Fracchia, 2007; Sorace, Marzuoli, 1989). Già la Direttiva 305/1971/CEE –individuando nella concessione un contratto analogo all'appalto (Clarich 2013: 43), ma in cui la controprestazione dei lavori da eseguire consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera, oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo – riconduceva alla disciplina concorsuale dell'appalto la cosiddetta *concessione di mera costruzione* siccome figura giuridica assimilabile a quella del contratto di appalto.

E se è vero che la disciplina nazionale di cui alla legge n. 584/1977 consentiva, in linea di principio, di ritenere che per la concessione in cui era presente la gestione non fosse necessario esperire una procedura di gara per la scelta dell'aggiudicatario (Pellizzer, 1990: 156 sgg.), è pur vero che il quadro era destinato a mutare sensibilmente con la direttiva 89/440/CEE, in cui non soltanto era ricondotto alla figura dell'appalto un insieme di tipologie per l'innanzi

riferite al regime della concessione – confermandosi così che il carattere distintivo della concessione di lavori pubblici risiedeva nella controprestazione consistente nel diritto di gestire l'opera o in questo accompagnato da un prezzo – ma era previsto come obbligatorio il rispetto delle regole di pubblicità. In tal modo, il richiamo alle procedure di affidamento poneva come ineludibile l'obbligo del rispetto del principio di concorsualità delle procedure di aggiudicazione (Pellizzer, 1990: 161 sgg.).

Le modifiche apportate dal diritto comunitario ebbero chiaro riconoscimento con il d.p.r. 19 dicembre 1991, n. 406 di recepimento della cennata direttiva. In tale disciplina si procedeva, infatti, ad una definizione dell'appalto e della concessione di lavori pubblici, individuandosi ancora una volta in quest'ultima un contratto avente lo stesso oggetto di un appalto, ma caratterizzato dal fatto che la controprestazione consiste nel diritto di gestire l'opera oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo. In tal modo si sedimentava nell'ordinamento la configurazione odierna dell'istituto: la concessione di costruzione e gestione (Botto, Iannotta, 2013). A sua volta la direttiva 93/37/CEE confermava la definizione della concessione di lavori pubblici e la sottoposizione dei contratti concessori superiori ad una certa soglia alle regole dell'evidenza pubblica già individuate con la Direttiva del 1989.

Appare questa la fase della definitiva conformazione del regime giuridico della concessione di lavori pubblici nel nostro ordinamento. La conferma si è avuta con la legge 11 febbraio 1994, n. 109 di recepimento della disciplina comunitaria. La concessione si attegga a procedura di affidamento dei lavori al pari, ancorché alternativa, dell'appalto (art. 2, comma 6); l'oggetto della procedura è un contratto avente ad oggetto oltre all'esecuzione la gestione dell'opera; piena applicazione ricevono le regole dell'evidenza pubblica.

Il suggello definitivo di tale impostazione è stato dato con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (*Codice dei contratti pubblici*) e più di recente con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, per cui, allo stato, sussiste una significativa correlazione del contratto di concessione con quello di appalto (Clarich, 2013: 42).

3. La procedura di aggiudicazione contrattuale: le indicazioni del diritto europeo e la Direttiva 2014/23/UE

Se l'esperienza del passato suscitava fondate perplessità a causa della mancanza di regole procedurali e di trasparenza adeguate, a sua volta quella odierna, caratterizzata da una particolare procedimentalizzazione, pone all'interprete taluni interrogativi ad iniziare dalla procedura di aggiudicazione contrattuale.

In vero, è noto che la diffidenza verso il sistema della trattativa privata e della licitazione privata a favore dell'asta pubblica ha attinto alla convinzione che l'a-

apertura della gara al più grande numero di partecipanti sia la migliore garanzia per la tutela del principio di imparzialità e la cura dell'interesse pubblico. E ciò non tanto in funzione dell'interesse pubblico alla scelta dell'offerta contrattuale più vantaggiosa per la pubblica amministrazione, secondo la vecchia concezione alla base della legge di contabilità pubblica dei primordi dello Stato unitario, quanto in funzione della garanzia della concorrenza effettiva a presidio della libertà di impresa. Ciò che ha comportato il sacrificio della discrezionalità, ma allo stesso tempo anche l'impossibilità per l'amministrazione concedente di esperire una strategia negoziale atagliata all'oggetto del contratto (Comporti, 2007).

In tal modo, l'assunzione dell'evidenza pubblica a strumento idoneo per qualsiasi schema negoziale se, per un verso, conferma la sua validità per contenuti contrattuali semplici e standardizzati, per l'altro denuncia i propri limiti dinanzi a strutture contrattuali complesse (Cafagno, 2001: 83 sgg.). Riecheggia, in particolare, l'insegnamento di una illustre dottrina che, seppur soprattutto con riguardo ai guasti della vecchia legge di contabilità, metteva in guardia dagli eccessi del garantismo formalistico che, se garantiva l'interesse generale astratto e la formale imparzialità ed eguaglianza, non per questo risultava sufficiente ad attestare la convenienza della soluzione e la conformazione dell'interesse pubblico «risultante dai fatti e quindi riferibile al concreto» (Ledda, 1982). Invero, la generalizzazione del ricorso all'evidenza pubblica se affidata unicamente a meccanismi automatici e precostituiti rischia di sterilizzare ogni possibilità di confronto sul caso singolo, in tal modo, favorendo soluzioni contrattuali poco vantaggiose per il soggetto concedente che si vede costretto ad una scelta negoziale individuata in mancanza di apporti conoscitivi adeguati (Comporti, 2007: 259).

Se tali considerazioni valgono in generale per tutta l'area della contrattualistica pubblica, valgono a maggior ragione per il contratto di concessione dove l'interesse per l'amministrazione ad ottenere la migliore prestazione alle condizioni più vantaggiose non può essere sempre affidato alla formalizzazione tipica della procedura di gara concepita per l'appalto di lavori pubblici. Sotto tale profilo, pertanto, la concezione che premia una disciplina analitica delle procedure di gara per l'aggiudicazione del contratto di concessione merita di essere sottoposta ad un vaglio critico.

Nessun dubbio, infatti, che il modello di gara preferito dall'ordinamento giuridico comunitario e nazionale, e basato, come noto, sulla rigorosa precostituzione dei criteri di scelta e sulla minore interazione possibile tra pubblica amministrazione e partecipanti, vanta sulla carta numerosi pregi: assicura la convenienza del contratto nel pubblico interesse; garantisce la neutralità e la correttezza dell'amministrazione (Pugliese, 1971; Comporti, 2007: 233 sgg.); promuove le virtù della concorrenza (Cafagno, 2006: 2651 sgg.)². Altrettanto incontestabile appare il principio che, ogniqualvolta l'amministrazione attribui-

sca un bene giuridico o una utilità economica, il meccanismo di aggiudicazione contrattuale non debba eclissarsi tra le maglie larghe della potestà discrezionale, ma debba seguire criteri neutrali di valutazione e di scelta al fine di «assicurare la *par condicio* tra tutti i potenziali interessati a contrattare con l'amministrazione e di consentire all'amministrazione stessa, mediante l'acquisizione di una pluralità di offerte, di contrattare alle condizioni più vantaggiose»³. La previsione di cui al previgente art. 144, secondo cui le procedure di affidamento debbano effettuarsi «con procedura aperta o ristretta» si spiega, pertanto, con la preoccupazione di evitare ogni deviazione dalle procedure di evidenza pubblica in quanto presidio dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità (Botto, Iannotta, 2013: 64).

Allo stesso tempo, tuttavia, quando in gioco sono procedure che non mirino unicamente alla convenienza dei prezzi o alla minimizzazione dei costi, ma anche all'individuazione della soluzione più vantaggiosa, dovrebbero valere considerazioni ulteriori che tengano conto della natura del mercato delle opere pubbliche, dei compiti dell'amministrazione e, non ultimo, dei caratteri peculiari della procedura di aggiudicazione contrattuale. È il caso proprio delle procedure concessorie in cui l'inasprimento delle regole concorsuali, se non commisurato alle finalità della disciplina, rischia di obliterare variabili di giudizio eterogenee, di natura economica ed extraeconomica, preordinate non soltanto all'efficienza del mercato, ma anche dell'amministrazione, cui spetta la massimizzazione dei valori di benessere sociale.

In tal caso, pertanto, la salvaguardia della concorrenza non sembra poter prescindere dalla natura delle prestazioni contrattuali e da processi di flessibilità e di scelta che valorizzino all'occorrenza elementi di discrezionalità amministrativa (Cafagno, 2001: 270 sgg.). E tale considerazione appare tanto più fondata allorché l'amministrazione si allontana dall'area dei contratti standardizzati per richiedere al mercato prestazioni complesse, la cui conoscenza non può essere filtrata da modelli concorsuali affidati ad elementi precostituiti e meccanici, ma affidata ad informazioni che postulano processi di apprendimento fondati sul dialogo ed il coinvolgimento delle imprese in corso di gara (Cafagno, 2010).

Occorre, inoltre, considerare che sul piano delle implicazioni concrete il fine di realizzare l'interesse pubblico unicamente alle condizioni imposte dai principi di efficienza dell'equilibrio competitivo appare più una remora che un incentivo all'iniziativa ed al coinvolgimento del privato in tutti i casi in cui l'amministrazione conti sugli apporti del mercato ai fini della più conveniente determinazione delle proprie scelte (Cartei, 2010: 247).

La necessità che la disciplina di aggiudicazione delle concessioni prediliga un apporto fondato sulla flessibilità organizzativa delle procedure di gara vanta, del resto, alcuni riferimenti esegetici. Sin dalla direttiva 93/37/CEE, infatti, l'ordi-

namento ha sempre evitato l'adozione di principi che potessero tradursi in regole stringenti per le procedure di aggiudicazione. E, in tal senso, del resto, ha sempre deposto l'elaborazione interpretativa della Commissione europea e della medesima Corte di Giustizia. Proprio la Commissione europea nel ricordare che le concessioni sono soggette alle norme e ai principi del Trattato ha affermato che «[...] il concedente è libero di scegliere la procedura più appropriata e, in particolare, una procedura negoziata»⁴. E proprio il ricorso alle procedure negoziate – nelle quali, ai sensi dell'art. 1, par.1, lett. g della Direttiva 93/37/CEE, le amministrazioni consultano gli imprenditori di propria scelta e negoziano con uno o più di essi le condizioni del contratto –, del resto, è stato l'auspicio formulato dal Comitato Economico e Sociale in considerazione dei caratteri inerenti ai rapporti concessori. E sempre con riguardo alla procedura negoziata, la medesima Commissione ha asserito che, mentre per l'aggiudicazione degli appalti pubblici interamente disciplinati dalla direttiva 2004/18/CE la procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara «può essere utilizzata solo in casi eccezionali», viceversa, il ricorso a tale procedura è sempre ammesso «per l'aggiudicazione di concessioni o di appalti pubblici diversi da quelli interamente disciplinati» dalla medesima direttiva⁵. A sua volta, neppure la Corte di Giustizia ha mai asserito la necessità che le procedure di aggiudicazione concessorie debbano seguire le regole previste per l'appalto⁶. Invero, tale impostazione non è stata sconfessata neppure dal legislatore comunitario che con le direttive del 2004 ha distinto le regole di aggiudicazione previste per gli appalti e le concessioni, limitandosi per queste ultime all'enunciazione di principi di carattere generale prevalentemente incentrati sugli obblighi di pubblicità.

Tale risulta essere la direzione anche della recente Direttiva n. 2014/23/UE concernente l'aggiudicazione dei contratti di concessione – incluse, pertanto, le concessioni di servizi – in cui il principio della concorsualità e del rispetto delle procedure di gara è bensì ribadito, ma integrato da regole improntate alla flessibilità ed al dialogo tra il soggetto concedente e gli aspiranti concessionari (Chiti, 2015: 14 sgg.). In tal senso si esprime la Direttiva nel *cons.* n. 68, nonché nella disposizione di cui all'art. 30 che apre il Titolo II della Direttiva, concernente i principi generali e le garanzie procedurali in tema di aggiudicazione, secondo cui gli enti concedenti sono «liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario fatto salvo il rispetto della presente direttiva» (Levstik, 2013: 158; Fidone, 2015: 150 sgg.). E se è vero che il principio di libertà procedurale deve tener conto delle disposizioni specifiche che lo regolano – *in primis* i principi di trasparenza e di parità di trattamento –, è vero, altresì, che appare inequivocabile il segnale offerto dal legislatore europeo a favore di soluzioni concorsuali diverse da quelle proprie degli appalti e improntate a maggiore adattabilità al caso concreto (Giani, 2015).

Elemento rivelatore degli intendimenti del legislatore europeo risulta, altresì, che la disciplina contenuta nella parte relativa all'aggiudicazione ed alle garanzie procedurali non indichi né le procedure di scelta utilizzabili dalle stazioni concedenti, né i criteri di aggiudicazione, limitandosi l'art. 41 a stabilire le modalità cui deve attenersi l'amministrazione per la loro individuazione (Levstik, 2013: 140; Greco, 2015: 1105 sgg.). Ma il dato esegetico appare ancora più pregnante rispetto agli stessi canoni interpretativi europei allorché la disposizione di cui all'art. 37, sesto comma, della direttiva prevede che «L'amministrazione aggiudicatore o l'ente aggiudicatore può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti». Malgrado che la negoziazione cui allude la disposizione non possa avvenire che nel rispetto dei principi di trasparenza, pubblicità e parità di trattamento, e nonostante il *caveat* previsto dalla medesima disposizione – secondo cui non sono oggetto di negoziazione l'oggetto della concessione, i criteri di aggiudicazione e i requisiti minimi – non pare contestabile che l'elemento della negoziazione assuma così una modalità in principio generale della procedura selettiva, in linea almeno teorica persino al di là dalle modalità contemplate dalla direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici in materia di procedura competitiva con negoziazione e dialogo competitivo, e comunque in linea con le necessità di adeguamento e flessibilità presenti nella elaborazione del diritto europeo.

Nel quadro brevemente illustrato trova agevole collocazione la previsione di cui all'art. 41, terzo comma, che in materia di criteri di aggiudicazione prevede che «[...] se l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore riceve un'offerta che propone una soluzione innovativa con un livello straordinario di prestazioni funzionali che non avrebbe potuto essere prevista da un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore diligente» il soggetto concedente «può, in via eccezionale, modificare l'ordine dei criteri di aggiudicazione per tener conto di tale soluzione innovativa».

La recente disciplina adottata in occasione del recepimento della direttiva del 2014 raccoglie buona parte delle novità ivi contenute. Merita richiamare sul punto il principio di libera amministrazione di cui all'art. 166, secondo cui le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori «sono liberi di organizzare la procedura per la scelta del concessionario [...]». Non meno significativa risulta poi l'indicazione contenuta nell'art. 181, primo comma, in materia di procedure di affidamento di contratti di partenariato pubblico-privati, in cui si precisa che il ricorso alle procedure di evidenza pubblica può avvenire «anche mediante dialogo competitivo». Il riferimento al dialogo competitivo, procedura caratterizzata secondo la norma di cui all'art. 64, quinto comma del Codice, da «un dialogo finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le cessità» del concedente, sembra consentire più am-

piamente che in passato la possibilità di una procedura improntata alla flessibilità e alla negoziazione.

4. Principi della gestione e nozione di rischio nella disciplina delle concessioni

Al fine di comprendere un'altra novità introdotta, o quanto meno corroborata dal diritto europeo, appare utile richiamare quello che nella prospettiva comunitaria costituisce l'oggetto della concessione, ovvero la gestione dell'opera o del servizio, soffermandosi sul suo predicato: il rischio (Chiti, 2015: 15 sgg.; Greco, 2015: 1098 sgg.).

Nel *Libro verde sui partenariati pubblico-privati* del 2004 la Commissione europea aveva sottolineato che ciò che in generale caratterizzerebbe il rapporto concessorio sarebbe il «legame diretto esistente tra il partner privato e l'utente finale: il partner privato fornisce un servizio al pubblico, "in luogo", ma sotto il controllo del partner pubblico»⁷. E già nella menzionata comunicazione interpretativa sulle concessioni del 2000 la Commissione aveva colto la peculiare importanza della fase gestionale sottolineando che, alla stregua del diritto europeo, il diritto di gestione postulerebbe, da un lato, che il concessionario non sia «direttamente remunerato dall'autorità aggiudicatrice, ma ott[enga] da questa il diritto di percepire i proventi derivanti dall'uso dell'opera realizzata», dall'altro lato, implica «il trasferimento della responsabilità della gestione» (Bovis, 2006; Fracchia, 2007: 261)⁸.

Proprio l'importanza attribuita alla gestione postula, altresì, che il prezzo eventualmente pagato in contropartita dei lavori effettuati non possa mai neutralizzare il rischio gestionale (Ricchi, 2006)⁹. E la ragione è la seguente: se il potere pubblico sopporta la maggior parte degli oneri connessi alla gestione del servizio l'elemento rischio verrebbe a mancare «con la conseguenza, in tal caso, che il contratto in questione sarebbe ascrivibile alla categoria dell'appalto di lavori e non a quello della concessione» (Fouassier, 2000: 684)¹⁰.

In tal senso cospira, altresì, la giurisprudenza della Corte di Giustizia, secondo cui «per poter ritenere sussistente una concessione di servizi è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca il rischio di gestione che essa corre a carico completo o, almeno, significativo al concessionario»¹¹; diversamente, infatti, dovrebbe ritenersi che la fattispecie contrattuale è quella dell'appalto pubblico di cui, pertanto, occorre seguire la relativa procedura di aggiudicazione (Caranta, 2012: 170 sgg.; Goisis, 2011: 729 sgg.; De Leonardis, 2008: 569)¹².

Rischio e gestione rappresentano elementi presenti nello statuto disciplinare della concessione siccome plasmato dall'ordinamento nazionale. Entrambi, infatti, già disciplinati ad opera del d.lgs. n. 163 del 2006, risultano richiamati, altresì, ad opera del recente d.lgs. n. 50 del 2016 sin dalle disposizioni definitorie di cui all'art. 3, primo comma, lett. *uu*) e *vv*).

A tale quadro interpretativo aderisce da tempo l'indirizzo decisorio della giurisprudenza. Valga per tutte quella cospicua giurisprudenza del Consiglio di Stato, secondo cui «si ha concessione quando l'operatore si assume in concreto i rischi economici della gestione del servizio, rifacendosi essenzialmente sull'utenza per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, mentre si ha appalto quando l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'Amministrazione»¹³.

5. Dal rischio di gestione al rischio operativo: gestione del servizio e disponibilità dell'opera pubblica

Appare chiaro che il rischio a carico del concessionario è stato sinora comunemente identificato con il c.d. *rischio d'impresa* consistente nel rischio alla esposizione del mercato cui è soggetta ogni attività economica (Caranta, 2012, 175)¹⁴. Invero, sino alla direttiva 2014/23/UE non esisteva una definizione normativa di tale rischio, a parte il riferimento alla nozione di *rischio di domanda* di cui alla decisione Eurostat 11 febbraio 2004 (e riferito alla variabilità della domanda non dipendente dalla *qualità* del servizio erogato). Da ciò il verificarsi di talune incertezze quale, ad esempio, la soglia superata la quale tale rischio possa ritenersi soppresso e traslato sull'amministrazione concedente. Del resto, la giurisprudenza nazionale ha saputo offrire indicazioni esaustive sul punto, ritenendosi soddisfatta dal rispetto di un criterio meramente empirico per cui anche un *ridotto* rischio d'impresa risulterebbe sufficiente e compatibile con la figura della concessione¹⁵.

Da parte sua, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha anticipato taluni contenuti della direttiva 2014/23/UE allorché ha stabilito che il *rischio di gestione* consiste «nel rischio di concorrenza da parte di altri operatori, nel rischio di uno squilibrio tra domanda e offerta di servizi, nel rischio di insolvenza dei soggetti che devono pagare il prezzo dei servizi forniti, nel rischio di mancata copertura delle spese di gestione mediante le entrate o ancora nel rischio di responsabilità di un danno legato ad una carenza del servizio»¹⁶. Per altro verso, neppure il supremo giudice comunitario ha fornito indicazioni risolutive nelle fattispecie in cui è apparso evidente che la modesta esposizione del concessionario all'alea del mercato riduceva assai il rischio medesimo, ancorché, occorre sottolinearlo, si sia trattato per lo più di ipotesi in cui la limitazione del rischio era stata operata non dalla amministrazione, bensì a monte dalla stessa organizzazione normativa del servizio (Caranta, 2012: 175). Anche in questo caso, il principio enunciato dalla Corte è, ad ogni modo, quello già ricordato, secondo cui «in ogni caso, anche se il rischio nel quale incorre l'amministrazione aggiudicatrice è molto ridotto, per poter ritenere sussistente una concessione di ser-

vizi è necessario che l'amministrazione aggiudicatrice trasferisca, integralmente o, almeno, in misura significativa, al concessionario il rischio di gestione nel quale essa incorre»¹⁷.

In realtà, la questione della determinazione della nozione di rischio ha notevoli implicazioni oltre che sul concetto medesimo di gestione, altresì, sugli obblighi preliminari e successivi di verifica e vigilanza dell'amministrazione concedente – si pensi all'esame del piano economico-finanziario nella finanza di progetto – e sulle conseguenze che una sua sottovalutazione può comportare sia sotto il profilo del danno erariale che sotto l'aspetto della violazione della disciplina sugli aiuti di Stato (Crea, 2010; Cafagno, 2013). Sul punto la direttiva 2014/23/UE ha operato talune precisazioni riprese puntualmente dalla disciplina del d.lgs. n. 50 del 2016 (Cartei, 2015).

Nella prospettiva della Direttiva del 2014 la nozione di rischio si trova, infatti, inserita nella definizione di contratto di concessione, giacché «qualora la disciplina contrattuale elimini il rischio prevedendo una garanzia a favore del concessionario per il recupero degli investimenti e dei costi sostenuti per l'esecuzione del contratto, il contratto stesso non dovrebbe configurarsi come una concessione ai sensi della presente direttiva»¹⁸. Da qui trae origine la nozione di *rischio operativo* a carico del concessionario che, secondo la parte motiva della Direttiva, avrebbe «natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per realizzare i lavori o i servizi aggiudicati in condizioni operative normali, anche se una parte del rischio resta a carico dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore». Di conseguenza, non sarebbe ammissibile l'applicazione della direttiva nel caso in cui il soggetto pubblico «sollev[i] l'operatore economico da qualsiasi perdita potenziale garantendogli un introito minimo pari o superiore agli investimenti effettuati e ai costi che l'operatore economico deve sostenere in relazione all'esecuzione del contratto»¹⁹. Per altro verso, occorre sottolineare che al legislatore europeo sembra preoccupare non la mera limitazione, quanto la vera e propria eliminazione del rischio. È quanto risulta là dove si afferma che «il fatto che il rischio sia limitato sin dall'inizio non dovrebbe escludere che il contratto si configuri come concessione»²⁰.

La nozione di rischio operativo richiede l'analisi della parte più propriamente normativa della direttiva. La disposizione di cui all'art. 5, ripresa puntualmente dalla norma di cui all'art. 3, primo comma, lett. zz) del Codice, definisce tale rischio quale quello «legato alla gestione dei lavori o dei servizi, comprendente un rischio sul lato della domanda o dell'offerta, o entrambi». E ciò si verificerebbe allorché «in condizioni operative normali, non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dei lavori o dei servizi oggetto della concessione». Il rischio, in particolare, non potrebbe limi-

tarsi ad aspetti marginali dell'attività e, pertanto non potrebbe essere nominale o trascurabile, ma dovrebbe comportare una «reale esposizione alle fluttuazioni di mercato tale per cui ogni potenziale perdita stimata subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile».

Appare, pertanto, evidente il tentativo da parte del legislatore comunitario di limitare il più possibile le ipotesi in cui, per inesperienza dell'amministrazione o per l'asimmetria informativa che sovente ridonda ai danni del concedente pubblico, il concessionario riesce in virtù della propria competenza a strappare vantaggi economici che si traducono in limitazioni della soglia di rischio di gestione (Ricchi, 2014: 745).

E sempre al fine di evitare situazioni ingiustificate di lucro da parte del concessionario appare la disciplina sulla durata temporale della concessione di cui all'art. 168 del d.lgs. n. 50 del 2016, il quale, in linea con quanto prescritto dalla direttiva, prevede un limite massimo per le concessioni ultraquinquennali individuato nel «periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario».

D'altra parte, non sembra possibile sottacere l'incertezza sulle formule adottate nella direttiva e riprese dal d.lgs. n. 50 del 2016 e, in specie, le eventuali differenze con la nozione di rischio tradizionalmente assunta dalla disciplina previgente (Craven, 2014: 193; Santi, 2014). A tal proposito pare opportuno ricordare che la dizione originariamente utilizzata nella proposta di direttiva era quella di *rischio operativo sostanziale* (Levstik, 2013: 143). L'espunzione dell'aggettivo sostanziale, presumibilmente addebitabile alla preoccupazione di non consentire stime quantitative soggettive²¹, non sembra aver chiarito a sufficienza la nuova nozione di rischio operativo.

A tal fine torna utile ricordare che la direttiva e l'art. 3, primo comma, lett. zz) del d.lgs. n. 50 del 2016 precisano che il rischio operativo comprende «un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta, o entrambi». Il *rischio sul lato della domanda*, in quanto associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto e, come tale, riferibile al comune rischio di esposizione al mercato ed alle variabili che caratterizzano l'andamento della domanda, sembra evocare quanto già stabilito dalla giurisprudenza comunitaria e dalla ricordata decisione Eurostat 11 febbraio 2004. Abbraccia, dunque, tutte quelle fonti di rischio che, indipendentemente dalla qualità delle prestazioni, si riverberano sulla quantità richiesta a causa dell'andamento del ciclo economico, degli orientamenti del mercato, o per fattori legati alla concorrenza. In tali casi sarebbe inammissibile, pena il trasferimento del rischio dal concessionario

al concedente e la violazione della prescrizione comunitaria, ogni forma di garanzia tale da eliminare i rischi dell'affidatario.

Maggiori incertezze pone, invece, la formula del *rischio sul lato dell'offerta*, giacché il fornitore dell'offerta è lo stesso concessionario. Secondo la direttiva si tratterebbe del «rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda». Merita sul punto segnalare che la formulazione originaria della direttiva faceva riferimento al «rischio relativo alla disponibilità delle infrastrutture fornite dal concessionario o utilizzate per la fornitura dei servizi agli utenti» e che al *rischio di disponibilità*, invero, aveva già fatto richiamo la già menzionata decisione Eurostat del 2004, seppur per le ipotesi in cui il soggetto pubblico risulti essere l'acquirente principale dei servizi (c.d. *opere fredde*), con la conseguenza che il flusso dei ricavi provenienti dagli utenti finali rappresenta una parte minoritaria dei ricavi complessivi del concessionario.

A tal riguardo la decisione menzionata ha posto come condizione per l'iscrizione dei beni oggetto di tali operazioni fuori del bilancio delle amministrazioni aggiudicatrici (*off balance*) che sussista un sostanziale trasferimento del rischio a carico del soggetto privato (Martiniello, 2010: 447 sgg.). Ciò che può avvenire solo ad una condizione: che al concessionario sia trasferito, oltre al *rischio di costruzione*, il *rischio di disponibilità* o il *rischio di domanda*. In particolare, se il *rischio di domanda* allude a tutte le ipotesi comunemente riferibili al c.d. 'rischio economico'²², invece, il *rischio di disponibilità* riguarda la capacità di erogare il servizio nella misura e secondo gli *standard di qualità* pattuiti, con la conseguenza che il suo trasferimento postula che i contributi pubblici non avvengano automaticamente, ma siano correlati al grado effettivo di disponibilità fornito dal privato, al loro volume ed all'osservanza di criteri determinati²³.

In tal modo, sembra plausibile ritenere che la formula «rischio sul lato dell'offerta» di cui all'art. 5 della Direttiva sia riferibile in ultima analisi al «rischio di disponibilità dell'opera» a favore del committente ed alluda alla funzionalità/idoneità effettive ed attuali dell'opera ad erogare i servizi secondo le modalità e gli standard di qualità pattuiti dalle parti nella convenzione (Ricchi, 2014: 746). Del resto, tale interpretazione pare, allo stato, ricevere conferma puntuale dalla disposizione contenuta nell'art. 180, terzo comma, del d.lgs. n. 50 del 2016, la quale, con riguardo alla categoria contrattuale generale del partenariato pubblico-privato, richiama proprio il rischio di disponibilità tra le componenti del rischio operativo.

6. La concessione alla prova della unificazione

L'evoluzione normativa dell'istituto concessorio degli ultimi decenni ha registrato la presenza di significative modifiche. L'ordinamento europeo, e, in partico-

lare, il diritto di concorrenza ed i suoi corollari, hanno inciso sul regime giuridico dell'istituto. Se in un passato neppure troppo lontano era ancora possibile disquisire sulle sue varianti, il quadro attuale appare ben diverso e la concessione si caratterizza per essere un istituto profondamente unitario e distinto dall'appalto.

In tal senso non sembra difficile scorgere ad opera dell'ordinamento comunitario un'opera di unificazione che si è spinta sino ad abbandonare la precedente ambientazione pubblicistica (e provvedimentale) a vantaggio di una contrattuale. E tale unificazione può leggersi anche in chiave di semplificazione: le passate difficoltà, affiorate anche nella evoluzione dei principali orientamenti della giurisprudenza, sulla disciplina di volta in volta applicabile risultano oramai superate grazie ad una disciplina europea che, in nome della concorrenza, preferisce individuare percorsi applicativi lineari. Dall'ambito definitorio alla nozione di controprestazione contrattuale appare evidente, infatti, che l'intento del diritto europeo è consegnare alle amministrazioni e al mercato una disciplina che si presenti il più possibile fruibile nelle sue applicazioni. E sempre l'effetto unificante dell'ordinamento europeo è alla base del criterio di individuazione del concessionario. Al metodo fiduciario e discrezionale del passato, foriero di numerosi equivoci ed abusi, si è sostituito il principio di concorsualità che postula una selezione pubblica per l'aggiudicazione contrattuale. Ed un effetto di unificazione non è difficile scorgere neppure in una nozione quale quella di rischio operativo che, proprio perché specifica e più dettagliata di quella di rischio di impresa, ha come implicazione quella di rafforzare i confini disciplinari della concessione.

Allo stesso tempo, tuttavia, è il medesimo diritto europeo che sembra invitare quello nazionale a non cadere nell'equivoco che l'unificazione debba intendersi come uniformità e equiparazione di casi e circostanze. La concessione, infatti, non è una mera variante del contratto di appalto capace soltanto di far risparmiare denaro al soggetto concedente grazie al coinvolgimento di un privato nella costruzione e gestione dell'opera di un privato. Al centro della disciplina europea affiora la fisionomia di uno strumento che garantisce la neutralità e la correttezza dell'amministrazione e salvaguarda la concorrenza, ma che allo stesso tempo assicura il perseguimento del pubblico interesse consentendo alla parte pubblica una capacità di negoziazione alla luce dei caratteri dell'opera e del servizio che si richiedono al mercato. Soltanto così, infatti, l'amministrazione può contrattare alle condizioni più vantaggiose per il pubblico interesse.

Sul punto, pertanto, la precedente uniformità imposta ai criteri di aggiudicazione contrattuale contrasta con l'indicazione europea che riconosce l'importanza dei criteri di flessibilità organizzativa della procedura di gara e del metodo della negoziazione. Se tale appare il significato delle disposizioni contenute nella direttiva 2014/23/UE si tratta a questo punto di conoscere quale sarà l'applicazione che riceveranno le disposizioni contenute nel recente d.lgs. n. 50 del 2016.

Note

- ¹ Tanto che nella Relazione di accompagnamento alla legge del 1927 si affermava che con l'estensione dell'uso della concessione «si modificano le norme della legge e del regolamento di contabilità generale sostituendosi la trattativa privata alle gare e alle licitazioni», dovendosi intendere per trattativa privata l'attribuzione del potere di scelta all'amministrazione.
- ² Si veda di recente, altresì, della Commissione Europea la *Comunicazione interpretativa sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPP)*, 05.02.2008, C(2007)6661.
- ³ Consiglio di Stato, sez. V, 4 marzo 2008, n. 889, <<http://www.giustamm.it>>, che fa risalire il principio alla disposizione di cui all'art. 3 del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440; sul piano della giurisprudenza comunitaria si richiama la nota pronuncia della Corte di Giustizia, C-458/03, *Parking Brixen* (par. 61), in *Riv. it dir. pub. com.*, 2005: 1915 sgg., con nota di F. Goisis, *I giudici comunitari negano la "neutralità" della società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house dei servizi pubblici locali*.
- ⁴ Commissione delle Comunità Europee, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario* del 29 aprile 2000, par. 3.2.1.2, in *Foro.it.* 2000, V, con nota di A. Barone e U. Bassi, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*.
- ⁵ Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati (PPP), cit., par. 2.3.2.
- ⁶ Corte di Giustizia, sez. VI, 7 dicembre 2000, in causa C-324/98, *Teleaustria c. Telekom Austria AG*.
- ⁷ Commissione delle Comunità Europee, 30 aprile 2004, *Libro verde relativo ai Partenariati Pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* (punto 22), COM (2004) 327 def.; Commissione delle Comunità Europee, 15 novembre 2005, *Comunicazione sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario in materia di appalti pubblici e commissioni* (punto 3.1), COM(2005) 569.
- ⁸ Commissione delle Comunità Europee, 12 aprile 2000, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*, cit., (punto 2.1.2); quanto, in particolare, alla *responsabilità di gestione* questa tocca una sfera molto ampia, giacché «investe al tempo stesso gli aspetti tecnici, finanziari, e gestionali dell'opera. Spetta, pertanto, al concessionario, ad esempio, effettuare gli investimenti necessari perché l'opera possa utilmente essere messa a disposizione degli utenti e sopportare l'onere di ammortamento».
- ⁹ Commissione Europea, *Guide to the application of the European Union rules on State aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest, and in particular to social services of general interest*, Brussels, 7. 12. 2010, SEC (2010) 1545 final, p. 75.
- ¹⁰ Commissione delle Comunità Europee, 12 aprile 2000, *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*, cit. (punto 2.1.2)..
sulla distinzione tra appalto e concessione in base ai criteri della suddetta comunicazione di recente Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 2013, n. 236, <<http://www.giustizia-amministrativa.it>>.
- ¹¹ Corte di Giustizia, sez. III, 10 settembre 2009, in causa C-206/08, *Eurawasser*, (punto 77 in diritto), in <<http://www.dirittodeiservizipubblici.it>>; analogamente Corte di Giustizia, sez. III, 25 marzo 2010, in causa C-451/08, *Helmut Müller GmbH*, ivi, (punto 75 ss.); tra le prime pronunce ad affermare suddetto principio merita richiamare la nota sentenza Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, *Parking Brixen*, in *Urb. App.*, 2006: 31 sgg., con nota di P. Lotti, *Concessioni di pubblici servizi, principi dell'in house providing e situazioni interne*.
- ¹² Corte di Giustizia, 13 novembre 2008, in causa C-437/07, Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica italiana, in *Urb. App.*, 2009: 20; proprio in un procedimento di in-

- frazione contro l'Italia la Corte del Lussemburgo ha riqualificato come appalto un contratto in cui il preteso concessionario non avrebbe avuto la gestione effettiva dell'opera, affidata nella circostanza alla locale società municipalizzata, e non avrebbe sostenuto alcun rischio di gestione, Corte di Giustizia, 13 novembre 2008, in causa C-437/07, *Commissione c. Italia*, in *Urb. App.*, 2009: 20 sgg.
- ¹³ Consiglio di Stato, sez. VI, 4 settembre 2012, n. 682, <<http://www.giustizia-amministrativa.it>>; analogamente tra le pronunce più recenti dei giudici di primo grado, Tar Toscana, 29 novembre 2011, n. 1855, <<http://www.giustamm.it>>.
- ¹⁴ E ciò specie nella prospettiva accolta sinora dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia; utile ricordare anche TAR Sardegna, 10 marzo 2011, n. 213 (punto 3.4 in diritto), <<http://www.giustizia-amministrativa.it>>, secondo cui «il rischio assunto dal promotore o concessionario si valuta proprio intorno alla aleatorietà della domanda di prestazioni, poiché l'errore di valutazione del livello di domanda attendibile evidentemente condiziona la remuneratività dell'investimento e misura la validità imprenditoriale dell'iniziativa».
- ¹⁵ Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2012, n. 39, <<http://www.giustizia-amministrativa.it>>.
- ¹⁶ Corte di Giustizia, 10 marzo 2011, in causa C-274/09, *Stadler*; Corte di Giustizia, 10 novembre 2011, in causa C-348-10 (punto 48), *Latgales planosanas regions*, in *Urb. App.*, 2012: 287 sgg., con nota di R. Caranta, *La Corte di Giustizia ridimensiona la rilevanza del rischio di gestione*.
- ¹⁷ Corte di Giustizia, 10 settembre 2009, *Eurawasser*, cit.; analogamente Corte di Giustizia, 10 marzo 2011, in causa C-274/09, *Stadler*; Corte di Giustizia, 10 novembre 2011, in causa C-348-10 (punto 45).
- ¹⁸ Considerando n. 19.
- ¹⁹ Considerando n. 18.
- ²⁰ Si tratta del considerando n. 19 in cui si rileva che «può essere questo il caso, per esempio, di settori con tariffe regolamentate o dove il rischio operativo sia limitato mediante accordi di natura contrattuale che prevedono una compensazione parziale, inclusa una compensazione in caso di cessazione anticipata della concessione per motivi imputabili all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore ovvero per cause di forza maggiore». Non è difficile ravvisare in ciò quanto già affermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia riportata in nota 19.
- ²¹ Secondo il Parere del Comitato delle Regioni rilasciato in occasione della emanazione della proposta di direttiva (Aggiudicazione del contratto di concessione, 2012/C/277/09) il rischio operativo esorbiterebbe dai canoni seguiti dalla Corte di Giustizia che non fisserebbe requisiti eccessivi per il rischio economico.
- ²² Si richiama Unità Tecnica Finanza di Progetto, *Partnership Pubblico-Privato per la realizzazione di opere pubbliche: impatto sulla contabilità nazionale e sul debito pubblico*, Roma, 30 giugno 2004: 7 sgg.
- ²³ Sull'accezione da attribuire al termine 'disponibilità', cui allude la norma, si rinvia alla Circolare della Presidenza dei Ministri, 27 marzo 2009, con cui *si definiscono i criteri per la comunicazione di informazioni relative al partenariato pubblico-privato ai sensi dell'art. 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248 convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1 della legge 28 febbraio 2008, n. 31*; in particolare, merita osservare che in tale circolare il trasferimento del rischio di disponibilità postula che i contributi pubblici non avvengano automaticamente, ma siano correlati al grado effettivo di disponibilità fornito dal privato, al loro volume ed a determinati standard di qualità; di conseguenza, non potrebbe parlarsi di assunzione del rischio da parte del privato nell'ipotesi in cui i pagamenti avvenissero sotto forma di canoni/contributi regolari ed indipendenti da volumi e parametri prestabiliti.

Riferimenti bibliografici

- Bergonzini G. 2014, *Infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi*, in R. Villata, M. Bertolissi, V. Domenichelli, G. Sala (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Cedam, Padova: 1808 sgg.
- Botto A., Iannotta L. 2013, *La concessione di lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno*, in *Negoziazioni pubbliche (Scritti su concessioni e Partenariati Pubblico-Privati)*: 61 sgg.
- Bovis C.H. 2006, *Developing Public Procurement Regulation: Jurisprudence and its Influence on Law Making*, in *Common Market Law Review*: 481 sgg.
- Cafagno M. 2001, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Giuffrè, Milano.
- 2006, *Gare pubbliche*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, diretto da S. Cassese, Giuffrè, Milano: 2651 sgg.
- 2010, *Vincoli di gara ed affidamenti concessori nel diritto europeo*, in G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di Progetto. Temi e prospettive (Approfondimenti sistematici e interdisciplinari)*, Editoriale scientifica, Napoli: 398 sgg.
- 2013, *La responsabilità amministrativa nascente dalla violazione delle norme di gara e l'evoluzione della disciplina della evidenza pubblica*, in *Negoziazioni pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, Milano: 249 sgg.
- Caranta R. 2012, *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino.
- Carnevale Venchi M.A. 1980, *Opere pubbliche (ordinamento)*, in *Enc. dir.*, XXX, Giuffrè, Milano: 332 sgg.
- Cartei G.F. 2010, *Finanza di progetto e modelli partenariati pubblico-privati: profili critici*, in *Finanza di Progetto. Temi e prospettive (Approfondimenti sistematici e interdisciplinari)*: 247 sgg.
- 2015, *Rischio operativo, equilibrio economico-finanziario e disciplina delle sopravvenienze*, in G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, Editoriale scientifica, Napoli: 37 sgg.
- Chiti M.P. 2015, *Il Partenariato Pubblico Privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, Editoriale scientifica, Napoli: 3 sgg.
- Cintioli F. 2004, *Profili ricostruttivi del General Contractor*, in G. Morbidelli (a cura di), *Finanza di progetto*, Giappichelli, Torino: 56 sgg.
- Clarich M. 2013, *Concorrenza e modalità di affidamento delle concessioni*, in M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino (a cura di), *Negoziazioni pubbliche (Scritti su concessioni e Parternariati Pubblico-Privati)*, Giuffrè, Milano: 50 sgg.
- Comporti G. 2007, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. ec.*: 240 sgg.
- Corsi C. 2009, *Le concessioni di lavori e di servizi*, in M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato (Concessioni Finanza di progetto Società miste Fondazioni)*, Editoriale scientifica, Napoli: 24 sgg.

- Craven R. 2014, *The EU's 2014 Concessions Directive*, in *Public Procurement Law Review*: 188 sgg.
- Crea P. 2010, *Contributo pubblico e danno erariale*, in G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto – Temi e prospettive*, Editoriale scientifica, Napoli: 201 sgg.
- D'Alberti M. 1981, *Le concessioni amministrative*, Jovene, Napoli.
- De Leonardis F. 2008, *Atti (e regole) dei soggetti concessionari*, in *Dir. amm.*: 569 sgg.
- Fidone G. 2015, *Le concessioni di lavori e servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Riv. it. dir. pub. com.*: 150 sgg.
- Fouassie C. 2000, *Vers un véritable droit communautaire des concessions?*, in *Rev. trim. dr. europ.*: 684 sgg.
- Fracchia F. 2007, *Concessione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Giuffrè, Milano: 250 sgg.
- Giani R. 2015, *Norme sulle aggiudicazioni e sulle garanzie procedurali e impatto sul Codice*, in G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto e partenariato pubblico-privato*, Editoriale scientifica, Napoli: 107 sgg.
- Goisis F. 2011, *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessione di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*: 729 sgg.
- Greco G. 2015, *La direttiva in materia di concessioni*, in *Riv. it. dir. pub. com.*: 1095 sgg.
- Ledda F. 1982, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in *Studi in onore di Antonio Amorth, I, Scritti di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano: 328 sgg.
- Levstik S. 2013, *Proposta di direttiva sulle concessioni*, in *Negoziazioni pubbliche (Scritti su concessioni e Partenariati Pubblico-Privati)*: 158 sgg.
- Mari A. 2006, *Infrastrutture*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da S. Cassese, IV, Giuffrè, Milano: 3134 sgg.
- Martiniello L. 2010, *Analisi dei rischi nelle partnership pubblico-private e riflessi contabili della decisione Eurostat 2004*, in *Finanza di progetto – Temi e prospettive*: 589 sgg.
- Montedoro G. 2005, *Le concessioni di lavori*, in R. Garofoli, M.A. Sandulli (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, Giuffrè, Milano: 840 sgg.
- Pellizzer F. 1990, *Le concessioni di opera pubblica (caratteri e principi di regime giuridico)*, Cedam, Padova.
- Pugliese F.P. 1971, *Il procedimento amministrativo tra autorità e "contrattazione"*, in *Riv. trim. dir. pub.*: 1474 sgg.
- Ricchi M. 2006, *Finanza di progetto, contributo pubblico, controllo ed equità*, in *Dir. ec.*: 575 sgg.
- 2014, *La nuova Direttiva comunitaria sulle concessioni e l'impatto sul Codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*: 745.
- Roehrsen G. 1967, *I modi di gestione dei lavori pubblici (evoluzione legislativa e problematica)*, in A.M. Sandulli (a cura di), *I lavori pubblici*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Neri Pozza, Verona: 37 sgg.

- Sandulli A.M. 1967, *I lavori pubblici*, in Id. (a cura di), *I lavori pubblici*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Neri Pozza, Vicenza: 57 sgg.
- Santi G. 2014, *Il partenariato contrattuale*, in F. Mastragostino (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Giappichelli, Torino: 243 sgg.
- Sorace D., Marzuoli C. 1989, *Concessioni amministrative*, in *D. disc. pub.*, III: 280 sgg.

L'USO STRATEGICO DEI CONTRATTI PUBBLICI

Andrea Fari

SOMMARIO – 1. Possibili approcci al connotato 'strategico' dei contratti pubblici. 2. La disciplina dei contratti per la tutela degli interessi pubblici. Dalla concezione contabilistica alla tutela della concorrenza (e ritorno?). 3. Uso e 'non-uso' strategico della disciplina dei contratti per il perseguimento di finalità specifiche. 3.1 La disciplina dei contratti funzionale allo sviluppo economico del Paese. Opere strategiche e funzione di programmazione. 3.2 Il 'non-uso' strategico della disciplina dei contratti. Emergenze, commissari straordinari e deroghe 'sistematiche'. 4. L'uso strategico dei contratti pubblici nella prospettiva europea. 4.1 Le condizioni sociali. 4.2 Le condizioni di sostenibilità ambientale. 5. Effetti delle diverse prospettive 'strategiche' sulla dinamica evolutiva della disciplina dei contratti e sul processo di unificazione.

1. Possibili approcci al connotato 'strategico' dei contratti pubblici

Nell'analisi del processo di unificazione amministrativa, il tema dell'uso strategico dei contratti pubblici riveste certamente una posizione di rilievo, ma di difficile inquadramento.

Non potendo essere questa la sede in cui operare una ricostruzione esaustiva dell'evoluzione della disciplina dei contratti, e rinviando agli altri contributi del presente lavoro per un'analisi di maggior spettro del ruolo dei contratti all'interno dell'intervento pubblico nell'economia, ci si limiterà qui a svolgere un ragionamento sull'attributo 'strategico', proponendo una chiave di lettura delle sue possibili accezioni ed evoluzioni.

Lo scopo del ragionamento è quello di valutare in che modo l'uso dello strumento dei contratti pubblici possa aver inciso sul processo di unificazione amministrativa e se sia possibile individuare, per tale profilo, una prospettiva di evoluzione futura.

Lo spessore della prospettiva strategica della disciplina dei contratti può essere apprezzato da diversi punti di osservazione, ma la sua collocazione nel dibattito sui 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa impone un posizionamento dell'analisi di non facile interpretazione.

La difficoltà risiede, in primo luogo, nel significato da attribuire al connotato 'strategico'.

Letteralmente, 'strategico' è ciò che è adeguato al raggiungimento di uno scopo più generale.

Interpretata in modo restrittivo, una simile definizione non aiuta l'interprete, poiché rischierebbe di depotenziare il significato dello stesso attributo.

to, se riferito alle regole giuridiche. Non v'è dubbio, infatti, che ogni disciplina giuridica, e quella dei contratti pubblici non fa eccezione, è posta dal legislatore ed attuata dall'amministrazione al fine del perseguimento di un interesse pubblico.

Quindi tutte le regole giuridiche sarebbero di per sé 'strategiche' perché rivolte al perseguimento di finalità generali.

È necessario riconoscere, quindi, al termine 'strategico' un valore meramente descrittivo, che si riferisce alla capacità di perseguire determinati obiettivi attraverso lo strumento del contratto pubblico.

Le possibili fattispecie così descritte sono eterogenee tra loro. Tuttavia, è possibile assumere differenti prospettive nel guardare all'uso 'strategico'.

Da un lato si può sposare una prospettiva più ampia e generale, nel valutare come la disciplina dei contratti sia stata funzionale al perseguimento di interessi pubblici.

In questa prospettiva l'attore cui far riferimento è in primo luogo il legislatore, e il connotato strategico può essere declinato come la possibilità di costruire e modulare la disciplina dei contratti al fine di perseguire determinati obiettivi.

La disciplina dei contratti assume un ruolo 'strategico' poiché la sua costruzione secondo schemi differenziati e graduazioni di intensità, rigidità/flessibilità, nel corso degli anni ha consentito, o aspirato a raggiungere, il perseguimento e la tutela di determinati interessi pubblici prioritari.

Da un altro lato si può avvicinare la lente d'ingrandimento e considerare i casi in cui la disciplina dei contratti si sia rivelata funzionale al perseguimento di finalità più specifiche, seppur di interesse generale, come ad esempio la realizzazione di determinate opere.

Infine, occorre considerare la più recente lettura europea dell'uso strategico.

Infatti, è un dato, seppur letterale, da non sottacere, che la formula 'uso strategico' riferito allo strumento dei contratti pubblici è utilizzato espressamente solo di recente, e a livello europeo.

Sono le fonti europee, come si vedrà in seguito, che utilizzano il concetto per descrivere una specifica attitudine delle regole dell'evidenza pubblica al perseguimento di molteplici interessi pubblici, ovvero anche interessi ulteriori rispetto a quelli tutelati in via principale. Si tratta quindi di una specificazione della prima delle prospettive proposte, poiché riferita agli interessi pubblici, ma peculiare, poiché emersa con chiarezza a livello normativo e foriera di indicazioni specifiche nell'analisi delle possibili evoluzioni future della disciplina.

Per consentire di abbracciare un angolo visuale più esauriente possibile sulla 'strategicità' dell'uso dei contratti è utile, quindi, analizzare le tre prospettive e trarre qualche considerazione di sintesi.

2. La disciplina dei contratti per la tutela degli interessi pubblici. Dalla concezione contabilistica alla tutela della concorrenza (e ritorno?)

Il grado di più ampia e generale visione dell'attributo strategico, inteso come uso funzionale al perseguimento di finalità generali, richiede di valutare quale siano gli interessi pubblici perseguiti attraverso la disciplina dei contratti. In questo senso non v'è dubbio che un'evoluzione degli interessi vi sia stata dall'unificazione ad oggi.

Già il primo passo della storia normativa relativa alla realizzazione di opere pubbliche, ovvero proprio quell'allegato F alla l. 20.03.1865 n. 2248 che costituisce, nelle leggi di unificazione amministrativa l'embrione di quella che sarà la disciplina dei contratti pubblici in seguito, può essere considerato un intervento del legislatore in funzione strategica, nella sua accezione più ampia.

La *ratio* di unificare in un corpo normativo unitario, seppur dai contenuti molto eterogenei, le regole dell'agire pubblico nella realizzazione di opere pubbliche risiedeva, per un verso, certamente, nella necessità di dotare gli apparati amministrativi di un corpo di regole unico per la realizzazione delle opere. Per altro verso, tuttavia, le regole della gestione amministrativa dei procedimenti di approvazione e realizzazione delle opere pubbliche erano funzionali ad assicurare nel minor tempo possibile quello sviluppo infrastrutturale del Paese che era avvertito come indifferibile all'indomani dell'unificazione territoriale ed alla creazione di un mercato unico sul territorio nazionale.

Attraverso la disciplina normativa si era costruito un sistema di regole che consentisse il perseguimento di un obiettivo di sistema del neocostituito Stato unitario, perseguendo gli interessi pubblici coinvolti.

Tra di essi, un ruolo di primo piano in questa fase della disciplina era costituito dal contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, perseguibile attraverso una proceduralizzazione uniforme dell'agire amministrativo del soggetto pubblico 'committente' ed un meccanismo di spiccato accentramento burocratico.

Le esigenze di coordinamento amministrativo cui la disciplina del 1865 tendeva erano perseguite da uno schema normativo che, pur contenendo al suo interno discipline diversificate in ragione delle diverse opere infrastrutturali da realizzare (strade, porti, acque...), si saldavano intorno al nucleo costituito dal titolo relativo alla «gestione amministrativa ed economica» (Sandulli, 1967). In esso le regole relative alle spese ordinarie e straordinarie, agli stanziamenti di bilancio previsti a livello statale, all'introduzione dei capitoli speciali ed alle modalità di compilazione ed esecuzione dei progetti, erano volte a costruire, come si legge anche nelle relazioni al progetto Menabrea (che poi divenne l'allegato F), «quella ingerenza che basti ad impedire che fra tanta necessità di opere pubbli-

che non si sciupino le forze economiche delle popolazioni in lavori meno utili a fronte di altri indispensabili e urgenti».

L'uso della disciplina dei contratti, quindi, come ricostruito con riferimento alle opere pubbliche, aveva l'obiettivo di accentrare il coordinamento amministrativo e contenere la spesa pubblica¹.

L'impostazione della disciplina nella sua fase iniziale fu quindi 'strategica' nella misura in cui consentì di perseguire le finalità di unificazione amministrativa sposando tuttavia una prospettiva rivolta all'interesse al controllo della spesa pubblica.

Non è un caso che la fase iniziale della disciplina dei contratti per le opere pubbliche fosse contigua e strettamente connessa a quelle sulla contabilità generale dello Stato², assonanza confermata anche nelle successive evoluzioni normative³.

L'utilità della disciplina dei contratti al perseguimento dell'interesse pubblico ha seguito nel corso degli anni il binario di evoluzione degli stessi interessi pubblici, che si è complicato, si potrebbe dire, per sovrapposizione.

Accanto alle esigenze di tutela delle risorse pubbliche, l'avvento della disciplina europea ha sicuramente evidenziato come la disciplina dei contratti fosse idoneo strumento in mano al legislatore per il perseguimento dei fini costitutivi della stessa Comunità europea. In particolare, come sottolineato anche dalla Corte costituzionale⁴, si è avuto un passaggio dalla logica rivolta alle esigenze dell'amministrazione, al perseguimento delle finalità di tutela della concorrenza⁵ quale strumento per la creazione ed il consolidamento del mercato unico.

Rileva la Corte come sia stata proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria a determinare «il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale»⁶. L'osservanza delle prescrizioni comunitarie ed interne di evidenza pubblica garantisce, quindi, il rispetto delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri, poiché la selezione della migliore offerta assicura, infatti, la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione.

Si individua quindi la disciplina dei contratti come funzionale al perseguimento della concorrenza 'per' il mercato, ferme restando le esigenze di assicurare la cosiddetta concorrenza 'nel' mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi, che si realizza, tra l'altro, mediante l'eliminazione di diritti speciali o esclusivi concessi alle imprese⁷.

Per quel che rileva in questa sede, quanto sopra descritto vale ad evidenziare come 'attraverso' la creazione e modulazione della disciplina dei contratti pubblici, gli attori coinvolti – in questo caso segnatamente il legislatore nazionale

ed europeo – hanno perseguito interessi pubblici che si sono evoluti nel tempo, determinando l'evoluzione stessa delle norme relative.

Nella misura in cui l'accentramento normativo dipanatosi nel tempo riguardo alle regole sui contratti (v. F. Fracchia, *I contratti pubblici come strumento di accerchiamento*, in questo volume) ha garantito l'unificazione delle regole, esso ha influito positivamente anche sull'unificazione amministrativa. Anche se non sono state estranee fin dal principio alla riflessione sui contratti pubblici le istanze di autonomia e decentramento delle funzioni, l'aver collocato verso l'alto il ruolo normativo di individuazione di procedure e obiettivi comuni, sia in ragione di esigenze superiori di direzione e coordinamento che di tutela di interessi assurti a ruolo primario (v. concorrenza), ha impresso alla dinamica di unificazione un segno complessivamente positivo.

Occorre, per vero, anche considerare in quale direzione si stia orientando oggi la disciplina dei contratti interpretata secondo questo angolo prospettico. Se cioè sia in corso una nuova complicazione degli interessi tale per cui, almeno a livello interno statale, alcuni interessi stiano maturando come preminenti accanto a quello della tutela della concorrenza, tanto da guidare una modifica in tal senso 'orientata' della disciplina.

Posto un livello di unificazione delle regole che si colloca ormai sul piano sovranazionale, l'esperienza italiana più recente sembra lasciar intravedere un irrigidimento in ragione da un lato, dell'esigenza di controllo della spesa pubblica aggravata dalla contingenza di crisi economica e, dall'altro lato, dell'emersione dell'esigenza di limitare la commissione di illeciti relativi alle procedure di gara.

Sono evidenziati in altri contributi i profili di modifica della disciplina dei contratti che hanno coinvolto negli ultimi anni, ad esempio, la trasformazione dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici nell'Autorità Nazionale Anticorruzione e le conseguenti modifiche anche in ordine alle procedure.

Ebbene, nell'analizzare le 'finalità di interesse generale' che la disciplina dei contratti consente di perseguire occorre valutare se la necessità di repressione e prevenzione degli illeciti unitamente al momento di crisi economica non stia ingenerando un cambio di rotta significativo nella costruzione della disciplina stessa, a discapito dei margini di discrezionalità dell'amministrazione e con un ritorno, tendenziale e non dichiarato, verso una impostazione 'neo-contabilistica', sottolineata, ad esempio, dal rinnovato fascino delle istanze di accentramento amministrativo che si scorgono nelle più recenti espressioni normative.

Quanto descritto testimonia che, ponendosi ad un livello ampio di astrazione nella considerazione dell'uso 'strategico' della disciplina dei contratti, ovvero del perseguimento di interessi pubblici 'attraverso' di essa, vi sono evidenze di un movimento ancora particolarmente vivo.

3. Uso e 'non uso' strategico della disciplina dei contratti per il perseguimento di finalità specifiche

Avvicinando il punto di osservazione, da una prospettiva di maggior dettaglio rispetto a quella che guarda agli interessi da perseguire, si possono osservare le ipotesi in cui la disciplina dei contratti è stata utilizzata e modificata 'strategicamente' al fine di realizzare in modo efficace determinate opere o lavori, ovvero specifici oggetti contrattuali.

È lo schema che si è presentato non di rado, ad esempio, in tema di opere pubbliche, che offrono un angolo di osservazione privilegiato dei fenomeni di cui si sta ragionando, pur nella consapevolezza che non sia l'unico possibile in astratto.

È in questo ambito dell'agire amministrativo che il connotato strategico, attribuito stavolta anche all'opera da realizzare, ha condotto spesso ad una costruzione normativa specifica.

Dinanzi alla rilevanza dell'opera da realizzare, le regole generali dell'evidenza pubblica sono considerate insufficienti o inefficaci, e il legislatore delinea un insieme di regole peculiari.

Si potrebbe sintetizzare che, in questo caso, la rilevanza dell'opera comporta una costruzione 'strategica' della disciplina relativa.

Gli esempi storici di una simile dinamica potrebbero essere molti. Tuttavia, alcune esperienze possono essere indicate come paradigmatiche. Tra di esse si è scelto di porre l'attenzione su due approcci differenti che si sono ripetuti nel tempo, e che incidono in modo e segno differente sulle esigenze di unificazione amministrativa. I criteri di selezione avrebbero potuto certamente essere altri, e gli esiti ulteriori, ma ciò che preme evidenziare è l'idoneità della disciplina dei contratti ad essere strumento duttile in mano al legislatore.

3.1 La disciplina dei contratti funzionale allo sviluppo economico del Paese. Opere strategiche e funzione di programmazione

Una prima categoria di schemi normativi è quella che, in ragione dell'esigenza di realizzare opere (definite in alcune occasioni 'strategiche' dallo stesso legislatore) funzionali alla realizzazione di determinati obiettivi di politica economica o di sviluppo di aree del territorio nazionale, ha accentuato le funzioni di programmazione, semplificando alcune altre fasi procedurali.

Ciò è avvenuto, ad esempio, in esperienze più risalenti ma di portata significativa, come per gli interventi straordinari nel Mezzogiorno.

Un simile intervento normativo ad ampio spettro aveva la finalità di gestire un'ingente quantità di fondi pubblici destinati allo sviluppo di aree del Paese disagiate e, pertanto, di programmare a livello accentrato le opere di maggior por-

tata, tanto da condurre alla modifica anche il profilo organizzativo, con l'Istituzione della Cassa per il Mezzogiorno⁸. Non potendo in questa sede esaminare nel dettaglio tale esperienza, ci si limita ad evidenziare come in quell'occasione anche la disciplina dei contratti fu coinvolta in modo significativo.

Fu infatti ampliato il peso degli atti di programmazione a monte, con il programma quinquennale⁹ approvato dal CIPE cui era demandato il compito di individuare i progetti 'speciali', che potevano poi essere realizzati¹⁰ con ampie deroghe alle procedure amministrative previste dalla legislazione allora vigente. Lo stesso era previsto per gli interventi di realizzazione delle infrastrutture nelle aree e nei nuclei di sviluppo industriale, seppur «salvo il confronto concorrenziale tra le diverse soluzioni tecniche ed economiche»¹¹.

Anche se quella degli interventi per il Mezzogiorno è una fattispecie troppo complessa per essere sintetizzata in questa sede, va sottolineato che in quella occasione emerse un profilo di necessità nella tutela delle 'condizioni sociali' di particolare sfavore in cui versavano molte aree del Meridione.

Le forme allora utilizzate per declinare tale specificità territoriale e sociale all'interno della disciplina per la realizzazione degli investimenti, come quella delle riserve¹², degli sgravi contributivi e fiscali e degli incentivi di varia configurazione, testimoniano la permeabilità della disciplina a tali istanze. Un'anticipazione, si potrebbe sostenere in modo parzialmente provocatorio, di quanto più di recente auspicato, seppur su scala differente, dalle istituzioni europee proprio con riferimento alla disciplina degli appalti, come si vedrà in seguito.

Altro esempio di rilievo è costituito dalla più recente disciplina speciale sulle opere infrastrutturali strategiche. È infatti di questi giorni il dibattito sull'efficacia della c.d. Legge Obiettivo¹³.

Anche qui, in ragione della rilevanza dell'oggetto del contratto, ovvero le infrastrutture «strategiche e di interesse nazionale», la disciplina dei contratti pubblici è stata modificata di conseguenza.

Ricorre, anche in questo caso, un accentramento della funzione di programmazione degli interventi, seppur condivisa, in piena attuazione del principio di leale collaborazione, con le Regioni.

Rispetto all'ordinario iter, la normativa speciale per le c.d. grandi opere prevede un'accelerazione delle procedure¹⁴ e tempi massimi per le varie fasi della progettazione¹⁵.

Ne risulta un quadro complesso, che ha evidenziato, nei fatti, un grado di inefficacia stigmatizzato da ultimo in occasione della discussione sulla riscrittura delle norme sui contratti pubblici in occasione dell'attuazione delle nuove direttive europee del 2014.

Certamente, lo stesso dibattito che si sta svolgendo sulle ipotesi di riforma, investendo il tema dell'opportunità delle discipline speciali, testimonia della cen-

tralità del ruolo svolto dalla disciplina dei contratti, e del peso che la sua modifica comporta, confermando la lettura 'strategica' che il legislatore opera dei meccanismi di evidenza pubblica e di esecuzione dei contratti stessi.

3.2 Il 'non uso' strategico della disciplina dei contratti. Emergenze, commissari straordinari e deroghe 'sistematiche'

L'aver posto la lente d'analisi sulla realizzazione delle opere pubbliche consente di mettere a fuoco anche ipotesi più spurie di oggetti del contratto considerati 'strategici', da cui sono derivate modifiche normative specifiche che hanno coinvolto l'evidenza pubblica.

Si tratta delle ipotesi in cui il perseguimento dell'interesse pubblico è stato considerato dal legislatore non solo di primaria importanza, ma anche connotato da particolare urgenza.

L'emersione, sincera o forzata, del carattere di urgenza di determinate opere ha condotto a piegare le regole dell'evidenza pubblica al limite (se non oltre) della flessibilità consentita dai margini di legittimità comunitaria.

La scelta del legislatore in questi casi ha coinvolto i contratti pubblici non tanto in funzione del loro 'uso' strategico, quanto piuttosto del loro 'non uso', da ritenere parimenti strategico. Sono infatti per lo più di portata derogatoria le disposizioni che in diverse occasioni hanno coinvolto l'evidenza pubblica in presenza di opere di primaria importanza da realizzare in tempi contingentati.

Il sillogismo seguito dal legislatore in questi casi ha equiparato le esigenze di speditezza e semplificazione procedimentale con la necessità di derogare alle regole della contrattazione pubblica.

Ci si riferisce, in particolare, per un verso, ai casi in cui le funzioni amministrative sono state affidate a commissari straordinari, con il compito di assicurare la speditezza delle operazioni di affidamento e realizzazione delle opere. Per garantire questo obiettivo, i commissari sono dotati di poteri speciali in deroga alle disposizioni ordinarie.

Le figure commissariali solo negli anni proliferate, una veloce rassegna ne potrebbe sintetizzare (Franchini, 2009) cinque tipologie: il commissario straordinario 'sblocca cantieri', quello per le opere strategiche, quello per le opere autostradali, quello delegato per lo 'stato di emergenza' e quello per gli interventi 'anticrisi'.

Parallelamente, sempre ispirate alla logica della deroga alle disposizioni ordinarie in ragione dello stato emergenziale, non sono mancate le ipotesi in cui ovviare alle regole sui contratti attraverso l'applicazione e la successiva espansione (ad esempio ai c.d. grandi eventi) delle ordinanze di protezione civile.

La cronaca racconta di come spesso le gestioni derogatorie siano state terreno fertile per il proliferare di comportamenti illeciti proprio relativi all'affidamento ed esecuzione di contratti pubblici.

Particolare evidenza recente della preoccupazione del legislatore per la deriva patologica di tale sistema può essere rinvenuta anche nella legislazione in tema di Expo 2015, che, pur senza abbandonare la logica derogatoria rispetto alle regole dei contratti¹⁶ in ragione, anche qui, dell'urgenza di realizzare il sito dell'esposizione universale, ha costruito un meccanismo di controlli particolarmente complesso che fa capo all'ANAC. Se simili opzioni normative possono destare dubbi in ordine alla coerenza complessiva ed alla loro efficacia, i dati forniti dal sistema di controlli dell'Autorità hanno evidenziato, tuttavia, come fondati fossero i timori di deviazioni dallo schema legale¹⁷.

Gli esempi sopra riportati non sono che piccoli 'carotaggi' normativi nel terreno vasto delle discipline speciali rispetto a quelle ordinarie in tema di contratti, ma testimoniano della tendenza del legislatore dinanzi alla particolare rilevanza dell'oggetto del contratto, ovvero dell'opera da realizzare.

Va sottolineato che il carattere di urgenza che ha legittimato le deroghe alle regole dell'evidenza pubblica, se vagliato con particolare rigore, non sempre consentirebbe di concordare con il legislatore, anche solo perché il concatenarsi di norme d'urgenza ne diluisce quantomeno il carattere di eccezionalità necessario a sorreggere scelte derogatorie.

Parimenti, il ripetersi di scelte normative di questo tipo impone di domandarsi se, a fronte di opere di particolare rilevanza, la necessità di ridurre e modificare le regole dell'evidenza pubblica al fine di perseguire l'interesse pubblico – al netto di una quota di inefficienza o inerzia amministrativa che si può considerare forse fisiologica – non evidenzia, invece, una inadeguatezza di fondo di tali regole nel loro assetto 'ordinario'.

Allo stesso tempo, ci si potrebbe chiedere se non sia l'amministrazione ancora inadeguata a garantire il rispetto delle regole dell'evidenza pubblica proprio laddove dovrebbero dispiegare la massima efficacia, come nel caso di interventi strategici per lo sviluppo del Paese.

Non può negarsi, infatti, che il ripetersi di ipotesi normative derogatorie, proprio in corrispondenza di opere di particolare rilievo, rischi di creare il paradosso per cui le procedure ordinarie si applicano alle opere di minore importanza mentre per quelle più complesse si debba ricorrere a forme di semplificazione.

Certamente il carattere di urgenza di tali opere dovrebbe depotenziare i profili di analisi critica relegando le esperienze appena descritte nell'alveo dell'eccezionalità. Tuttavia, anche il solo peso 'statistico' del ricorrere di tali figure e il rilievo delle opere cui si riferisce legittima il dubbio che lo stesso carattere di urgenza in talune circostanze, lungi dall'essere il presupposto per la semplificazio-

ne delle procedure, sia il mantello sotto cui il legislatore riesce a coprire gli effetti dell'inefficienza e inefficacia delle procedure stesse o delle amministrazioni chiamate ad attuarle.

4. L'uso strategico dei contratti pubblici nella prospettiva europea

Se quanto descritto finora è una possibile interpretazione del ruolo che il legislatore ha assegnato alla disciplina dei contratti quale leva nella sua disponibilità, occorre ora vedere più da vicino quale sia il significato della formula 'uso strategico' attribuito dalle istituzioni europee allo strumento del contratto pubblico.

Si è detto infatti che la formulazione terminologica del connotato 'strategico' è rinvenibile in modo espreso solo di recente nei documenti delle istituzioni europee.

Si tratta, in realtà, di una declinazione diversa della prima tipologia di prospettiva sopra proposta, ovvero quella che fa riferimento agli interessi da perseguire.

Tuttavia, pone l'accento in questo caso prevalentemente al ruolo di attore svolto dall'amministrazione.

Un sillogismo semplificato può apparire efficace a fini espositivi delle ragioni, anche economiche, alla base di tale lettura: le commesse pubbliche rappresentano una quota significativa del prodotto interno lordo dell'intera Unione europea¹⁸, la regolazione della disciplina dei contratti consente di orientare il mercato dell'offerta, pertanto, se si introducono in tale regolazione i correttivi idonei al perseguimento di determinati interessi pubblici, si potrà orientare una quota significativa del mercato europeo.

Il terreno di sviluppo dell'uso strategico dei contratti pubblici nella lettura europea è insito in tale sillogismo.

Cosa si intende, quindi, in questa prospettiva specifica, con uso strategico dei contratti?

La possibilità di perseguire attraverso la disciplina dei contratti interessi pubblici 'ulteriori' rispetto a quello dell'approvvigionamento di beni o servizi ed alla stessa tutela della concorrenza, fino ad ora principale parametro di legittimità comunitaria della disciplina in argomento.

L'avvento della regolazione comunitaria e della finalità di tutela del mercato unico hanno condotto la disciplina dei contratti lungo un percorso di sviluppo che ha visto le istanze diverse da quelle della tutela della concorrenza porsi in rapporto di alterità con essa, valutate in ragione della loro idoneità a inficiarne la realizzazione.

Il rapporto tra gli interessi pubblici 'ulteriori' e quello alla tutela della concorrenza sono stati spesso configurati in termini di deroga alla regola generale.

Il più recente corso della disciplina europea ha impresso invece un passo diverso alla permeabilità della disciplina dei contratti rispetto ad altri interessi pubblici cui l'ordinamento intende assicurare tutela.

Ciò che nel diritto comunitario è stato nel tempo efficacemente sintetizzato con il principio di integrazione, trova nella disciplina dei contratti un suo esempio virtuoso laddove le regole dell'evidenza pubblica divengono strumento per il perseguimento di interessi pubblici 'ulteriori'.

Il legislatore europeo, e quello interno nell'attività di attuazione, ha isolato in particolare due categorie di interessi sensibili cui accordare tutela attraverso la disciplina dei contratti pubblici.

Per un verso sono considerate le condizioni sociali di sfavore e disagio, cui assicurare protezione e sostegno e, per altro verso, si sottolinea l'esigenza di tutela dell'ambiente, nella prospettiva, accolta medio tempore nel diritto positivo europeo e nazionale, dello sviluppo sostenibile dei mercati e dell'economia nel suo complesso.

L'emersione di tale lettura 'strategica' di matrice comunitaria è iniziata con le direttive del 2004, ma si è imposta con forza nei documenti che hanno preparato le nuove direttive del 2014, in cui ha trovato una trasposizione più evidente.

Il primo assetto di regole a livello interno è stato trasposto nel d.lgs. 163/2006, il cui art. 2 al comma 2, significativamente prevede che il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile.

Nel 2010, a circa due anni dall'inizio della crisi economico-finanziaria che ha colpito (e sta colpendo) l'economia europea, la Commissione ha adottato la Comunicazione «Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva». Scopo di questo documento è quello di definire, appunto, una 'strategia' per il conseguimento di due obiettivi: portare gli Stati membri dell'Unione europea fuori dalla crisi e trasformare l'economia europea in un'economia «intelligente, sostenibile e inclusiva», in grado di rispondere alle sfide del futuro riguardo alla globalizzazione, alla pressione sulle risorse ed all'invecchiamento della popolazione.

In tale visione, uno degli strumenti per i quali la strategia della Commissione per il 2020¹⁹ assegna un ruolo fondamentale è proprio quello degli appalti.

Nel 2011, infatti, è adottato il *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, in cui si evidenzia il «ruolo fondamentale» che rivestono gli appalti pubblici nella strategia Europa 2020, «giacché costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione dei suoi obiettivi», e

si afferma la necessità di «ammodernare» la disciplina degli appalti per renderli «più idonei alla costante evoluzione del contesto politico, sociale ed economico».

Tale 'modernizzazione', ad avviso della Commissione, richiede anch'essa il conseguimento di una serie di obiettivi complementari: *in primis*, è essenziale una maggiore efficienza nella spesa pubblica, realizzabile sia creando condizioni 'di forte concorrenza' per gli appalti aggiudicati nel mercato interno, sia attraverso una maggiore efficienza delle procedure di aggiudicazione; *in secundis*, gli appalti pubblici devono, sempre più, consentire il raggiungimento di obiettivi sociali comuni, fra i quali la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica, una maggiore efficienza sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale e, infine, la garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità²⁰.

È la parte quarta del Libro verde (*Uso strategico degli appalti pubblici in risposta alle nuove sfide*) a declinare alcune proposte volte a perfezionare la disciplina degli appalti pubblici per consentire il raggiungimento dei vari obiettivi non strettamente economici (cc.dd. strategici).

I versanti coinvolti possono essere due, ad avviso della Commissione. Per un verso, la possibilità di modificare la normativa vigente prevedendo disposizioni che impongano alle stazioni appaltanti degli obblighi su 'che cosa acquistare', in modo da garantire l'inserimento di considerazioni non meramente economiche negli appalti pubblici. Per altro verso, un altro metodo per utilizzare gli appalti pubblici al fine di realizzare gli obiettivi strategici è quello, di fornire alle amministrazioni aggiudicatrici gli strumenti utili al 'come acquistare'.

Gli interessi diversi da quelli economici che vengono presi in considerazione in tale prospettiva sono quindi quelli volti all'inclusione sociale ed allo sviluppo sostenibile.

Per entrambi la spinta europea, che si è ora rafforzata con l'adozione delle direttive del 2014, imprime una direzione anche alla disciplina interna.

4.1. Le condizioni sociali

Si è visto come l'inclusione della considerazione delle condizioni sociali nella costruzione della disciplina dell'intervento pubblico dell'economia abbia conosciuto in passato applicazioni rilevanti, ad esempio negli interventi per il Mezzogiorno.

Le amministrazioni aggiudicatrici hanno, tuttavia, in seguito, avuto a disposizione diversi strumenti per la considerazione della componente 'sociale' nelle procedure di gara.

Le espressioni di maggior rilievo possono essere sintetizzate in tre figure.

La prima figura è quella degli appalti in deroga. Si tratta dello strumento offerto dall'art. 5, c. 1, della legge 08.11.1991, n. 381, che prevede che gli enti pubblici possano stipulare convenzioni con le cc.dd. cooperative sociali di tipo B, finalizzate alla fornitura di determinati beni e servizi (diversi da quelli socio-sanitari ed educativi) in deroga alla normativa di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti), purché detti affidamenti siano di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria²¹.

La seconda figura è quella dei cd. appalti riservati, di cui all'art. 52 del Codice dei contratti. Le stazioni appaltanti hanno la facoltà di riservare la partecipazione, in relazione a singoli appalti, o in considerazione dell'oggetto di determinati appalti, a laboratori protetti, oppure riservarne l'esecuzione nel contesto di programmi di lavoro protetti, quando la maggioranza dei lavoratori interessati è composta da disabili. È stata, pertanto, introdotta una deroga alle condizioni normali di concorrenza in favore di soggetti giuridici e di programmi che promuovono l'integrazione o la reintegrazione dei disabili nel mercato del lavoro.

La terza figura è quella delle condizioni sociali integrate all'interno delle procedure di gara, che desta maggiore interesse in ragione della sua possibile evoluzione futura lungo la strada tracciata dal rinnovato quadro europeo prima descritto.

L'articolo 69 del Codice dei contratti stabilisce che «le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri. Dette condizioni possono attenere, in particolare, a esigenze sociali o ambientali».

Parimenti, già ex articolo 5, c. 4 della l. n. 381/1991, «per le forniture di beni o servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, il cui importo stimato al netto dell'IVA sia pari o superiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, gli enti pubblici compresi quelli economici, nonché le società di capitali a partecipazione pubblica, nei bandi di gara di appalto e nei capitolati d'onere possono inserire, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1, e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo. La verifica della capacità di adempiere agli obblighi suddetti, da condursi in base alla presente legge, non può intervenire nel corso delle procedure di gara e comunque prima dell'aggiudicazione dell'appalto».

Le clausole sociali devono, comunque, essere compatibili con il diritto comunitario ed in particolare con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Compatibilità, questa, che si configura, secondo il considerando n. 33 della direttiva 2004/18/CE, «a condizione

che non siano, direttamente o indirettamente, discriminatorie e siano indicate nel bando di gara o nel capitolato d'oneri».

Proprio al fine di valutare tale compatibilità, l'articolo 69, c. 3, del Codice dei contratti ha previsto la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere all'Autorità un pronunciamento su tale aspetto delle clausole del bando contemplanti «particolari condizioni di esecuzione del contratto», al fine di evitare, come evidenziato dal Consiglio di Stato in sede di parere sul Codice²², che tali clausole incidano negativamente sulle condizioni di concorrenzialità del mercato «in modo tale da discriminare o pregiudicare alcune categorie di imprenditori, determinando così un'incompatibilità delle previsioni del bando o dell'invito con il diritto comunitario».

L'applicazione concreta delle clausole sociali è supportata da documenti di indirizzo della Commissione europea e da recenti declinazioni tecniche contenute in un d.m. 06.06.2012 del Ministro dell'ambiente. Senza soffermarci sull'incongruenza della fonte del decreto rispetto alle finalità tutelate, che tradisce una certa confusione del legislatore nell'approccio al tema degli interessi 'ulteriori', si deve sottolineare come l'impatto di tali atti di indirizzo sia, allo stato attuale, molto limitato²³.

In questo documento, per 'criteri sociali' si intendono i criteri tesi a promuovere l'applicazione, lungo la catena di fornitura, degli standard sociali riguardanti i diritti umani e le condizioni di lavoro, riconosciuti a livello internazionale e definiti da una serie di Convenzioni internazionali.

Le pubbliche amministrazioni, integrando i criteri sociali negli appalti pubblici, possono contribuire a migliorare il soddisfacimento dei diritti umani e le condizioni di lavoro lungo tutta la catena della fornitura, favorendo al contempo lo sviluppo del mercato dei prodotti realizzati rispettando tali diritti e condizioni.

Tuttavia, la spinta ulteriore, giunta anche su questo profilo dalle direttive del 2014, induce a ritenere che il tema sia tutt'altro che sopito.

Appare chiaro, anche in questo caso, perché il riferimento alle condizioni sociali è individuato come una delle espressioni dell'uso strategico dei contratti. Uso rimesso in questo caso alla valutazione di opportunità dell'amministrazione nella costruzione della gara.

4.2 Le condizioni di sostenibilità ambientale

Il profilo che caratterizza maggiormente la lettura strategica dei contratti è insito tuttavia nella disciplina dei profili di sostenibilità ambientale e nella loro integrazione nelle procedure di gara.

Si è accennato a come, nella visione europea, il contratto sia strumento 'strategico' per raggiungere determinati obiettivi di sostenibilità ambientale, in ra-

gione dell'impatto, anche quantitativo, che le commesse pubbliche determinano sul mercato nel suo complesso.

L'evoluzione che il profilo ambientale sta vivendo nella disciplina dei contratti appare significativa in quanto idoneo ad incidere su concetti più generali e portanti quali quello del 'costo' e dell' 'economicamente vantaggioso'.

Non v'è dubbio che tale aspetto non fosse presente nella prima fase della disciplina dei lavori pubblici dell'allegato F, quando la tutela dell'ambiente non era ancora emersa quale interesse pubblico meritevole di tutela giuridica in sé. Né chiari riscontri della sua rilevanza nella disciplina dei contratti posso rinvenirsi fino al d.gs. 163/2006, che, in attuazione della direttiva del 2004, inserisce in più passaggi della procedura la possibilità di considerare i criteri di sostenibilità.

Oltre al già citato art. 2, che declina il rapporto tra principio di economicità e sostenibilità ambientale, la possibilità – ove lo consenta la connessione con l'oggetto del contratto – di valutare criteri ambientali è contenuta con riferimento alla capacità tecnica dei fornitori (art. 42), ai sistemi di gestione ambientale nell'esecuzione del contratto (art. 44), nelle specifiche tecniche (art. 68) nelle condizioni particolari di esecuzione del contratto (art. 69) e quale complessità idonea a legittimare il ricorso al dialogo competitivo (art. 58).

Più rilevante di tutti appare però l'inserimento di «caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto» tra i criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83).

L'analisi della portata di tali disposizioni sconta un difetto empirico di non poco conto. L'applicazione di tali disposizioni è infatti ad oggi fin troppo limitata da parte dell'amministrazione italiana, tanto da dover valutare come fallimentari anche i tentativi di indirizzo svolti dalle fonti secondarie²⁴, che avrebbero dovuto consentire alle stazioni appaltanti di cogliere le opportunità offerte dalla disciplina e portare 'a regime' l'inserimento del fattore ambientale nei criteri di valutazione della selezione pubblica.

Com'è noto, il parametro di legittimità dell'inserimento delle clausole ambientali (ma anche di quelle sociali) nella procedura di gara è quello della connessione con l'oggetto dell'appalto. Tale connessione necessaria, che la giurisprudenza ha evidenziato in modo univoco²⁵, svolge la funzione di limite alla possibile applicazione discriminatoria di tali clausole, dal momento che la richiesta di determinate prestazioni ambientali per realizzare opere o servizi incoerenti con tali richieste costituirebbe la violazione del principio di concorrenzialità nella procedura, inserendo un elemento estraneo al mercato specifico dell'offerta.

La configurazione dell'utilizzo delle clausole ambientali come facoltativo e non obbligatorio, unito al timore del contenzioso che attanaglia le amministrazioni chiamate a bandire gare di una certa complessità, e probabilmente all'eccessivo tecnicismo delle linee guida che avrebbero dovuto favorirne la compren-

sione, ha condotto ad una scarsa applicazione di tali strumenti, in controtendenza rispetto alle più evolute esperienze europee.

Tuttavia, il nuovo corso della disciplina europea, sancito dalle direttive 23, 24 e 25 del 2014 rilancia con decisione il tema della sostenibilità e dell'uso del contratto pubblico come mezzo per perseguire obiettivi di tutela ambientale e risparmio di risorse naturali.

In particolare, l'attenzione va posta sull'introduzione di due disposizioni di grande impatto, contenute agli articoli 67 e 68 della direttiva 24/2014/UE, che definiscono, ampliandolo, il perimetro della connessione tra criteri di aggiudicazione e oggetto del contratto e riscrivono il concetto di 'costo' dell'appalto.

Per un verso, infatti, nel declinare la nuova definizione di offerta economicamente vantaggiosa, l'art. 67 stabilisce che essa «può includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico in questione».

Il legislatore comunitario si premura quindi di definire i criteri per la valutazione della connessione dei criteri di aggiudicazione con l'oggetto dell'appalto, specificando che essi si considerano tali «ove riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti: a) nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi; o b) in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale».

Ragguardevole appare il riferimento anche a fattori che, successivi al tempo di realizzazione della fornitura, rientrino comunque nel perimetro temporale del 'ciclo di vita' di essa.

È, quindi, su tale concetto che occorre concentrare l'attenzione, poiché riscrive lo stesso concetto di 'costo' dell'appalto, laddove stabilisce che i costi del ciclo di vita comprendono, «in quanto pertinenti», per un verso i costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali: *i*) costi relativi all'acquisizione; *ii*) costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse; *iii*) costi di manutenzione; *iv*) costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta e di riciclaggio.

Per altro verso il 'costo' ricomprende anche «esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, a condizione che il loro valore monetario possa essere determinato e verificato».

Ne deriva un quadro in cui, in presenza della connessione con l'oggetto del contratto, l'amministrazione è legittimata a considerare nella scelta dell'«economicamente vantaggioso» un concetto di costo che, da un lato, si pone su una dimensione temporale estesa all'intero ciclo di vita del prodotto o servizio, compreso il 'fine vita' dello stesso. Dall'altro lato le voci di costo sono fortemente ca-

ratterizzate per il loro peso 'ambientale', tra cui spicca il risparmio di risorse che ormai guida la politica di *resource efficiency*²⁶ europea sia nel settore propriamente ambientale che in modo trasversale nelle politiche dell'Unione.

Tale quadro sembra consegnare all'interprete un concetto di costo rinnovato e più ampio rispetto al passato, in cui all'amministrazione è chiesta una valutazione collocata su una scala temporale più ampia, in considerazione di variabili di 'sostenibilità' molto articolate.

Ma sembrerebbe potersi desumere in via generale un altro effetto del nuovo corso europeo sulla 'strategicità' degli appalti in funzione della sostenibilità ambientale, ovvero il mutamento del rapporto con il principio di economicità.

Se l'attuale art. 2 del codice dei contratti stabilisce che il principio di economicità possa essere 'subordinato' alle considerazioni di carattere sociale ed ambientale, si può ritenere che tale rapporto di subordinazione, almeno per il profilo della sostenibilità ambientale, sia mutato.

L'attuale formulazione dell'art. 2 del d.lgs. 163/2006 tradisce una interpretazione che presupporrebbe una alterità tra i due concetti di economicità e sostenibilità ambientale. In cui la seconda si pone in rapporto di eccezione rispetto al primo.

Il concetto di costo del contratto che le nuove direttive ci consegnano stabilisce invece che la componente ambientale, nella forma del costo del ciclo di vita del bene o servizio, è una componente della valutazione economica. Un fattore dell'economicità del contratto e non una sua eccezione.

È mutato il rapporto tra gli interessi considerati, in particolare ciò vale per quello ambientale e il concetto di economicità.

La sostenibilità non è più una deroga all'economicità ma ne rappresenta un elemento.

Perde quindi di significato in tale prospettiva la considerazione dei c.d. appalti verdi quale categoria o tipologia specifica dei contratti, mentre, seppur con il limite della necessaria connessione con l'oggetto dell'appalto, può ritenersi che tutti gli appalti debbano considerare il proprio tasso di 'sostenibilità'.

5. Effetti delle diverse prospettive 'strategiche' sulla dinamica evolutiva della disciplina dei contratti e sul processo di unificazione

Quali effetti hanno generato queste esperienze sul processo di unificazione amministrativa? E quali sono le prospettive offerte dalla lettura 'europea' dell'uso strategico dei contratti?

Per rispondere alla prima domanda occorre distinguere tra la ricostruzione del connotato 'strategico' più ampia prima proposta da quella relativa alla nuova lettura 'europea' del ruolo dei contratti.

Per quanto riguarda la prima prospettiva, che coinvolge il legislatore quale attore principale, gli effetti sono stati tendenzialmente di segno opposto tra loro, se si considerano le differenti tipologie di intervento.

Così come le leggi di più ampia portata, introducendo uniformità normativa e attività di programmazione, hanno consentito un certo grado di consolidamento del processo di unificazione amministrativa, allo stesso modo, all'opposto, il proliferare di ipotesi derogatorie alla disciplina generale dei contratti, tanto più laddove rimesse all'azione di gestioni straordinarie e commissariali, ha generato una spinta di frammentazione amministrativa.

Laddove l'importanza dell'opera da realizzare ha generato discipline derogatorie specifiche, la differenziazione ha condotto ad attività amministrative svolte lungo binari tutt'altro che unitari.

Tuttavia, allo studioso dei processi amministrativi e delle organizzazioni potrebbe porsi il dubbio su quale sia il grado efficiente di unificazione. Ovvero, senza potere in questa sede già fornire una risposta, occorre domandarsi in primo luogo in quale misura l'unificazione amministrativa debba coincidere con l'uniformità amministrativa e se, quantomeno con riferimento a quest'ultima, un certo grado di differenziazione e specificazione sia delle regole che delle istituzioni chiamate ad applicarle non sia funzionale all'efficacia dell'azione amministrativa stessa.

La risposta potrebbe sembrare retorica, e tuttavia – come si è evidenziato in altri contributi di questo lavoro – la dinamica evolutiva delle regole dei contratti pubblici appare orientata verso una sempre maggiore uniformazione e standardizzazione dell'azione amministrativa, con inevitabile riduzione del margine di esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione aggiudicatrice. Ebbene allora le esperienze normative sopra ricordate, qualora si concordasse sulla loro rilevanza, potrebbero essere lette come il sintomo della necessità di garantire l'efficacia dell'azione amministrativa attraverso un certo grado di differenziazione delle regole e flessibilità delle istituzioni.

Quale sia il punto di equilibrio è quesito troppo arduo per risolversi in questo ragionamento, ma registrare quante volte il legislatore ha dovuto, o ritenuto di dover, mettere mano alle regole sui contratti al fine di realizzare in modo efficace determinate opere di primaria importanza testimonia una sostanziale inadeguatezza di quello attualmente vigente.

Quali considerazioni possono essere svolte nell'interpretare invece il secondo angolo prospettico di analisi dell'uso strategico dei contratti, ovvero quello di matrice comunitaria?

In primo luogo si è evidenziato un possibile mutamento del concetto di economicità del contratto. Tale profilo, coinvolgendo una valutazione dei costi più ampia, potrebbe essere ritenuto un effetto anche del tempo di crisi economi-

ca in cui la normativa europea è stata adottata, ed uno strumento di risposta ad esso. Il rilievo posto sulla riduzione dei costi sociale ed ambientali, sia se riferiti all'amministrazione che alle esternalità, e la valorizzazione del tema del risparmio di risorse appare infatti coerente con un'azione amministrativa che si deve svolgere in condizioni di scarsità, generando anzi una spinta nella direzione di aprire il mercato esistente a nuove possibilità, laddove anche a creare mercati che prima non esistevano (si pensi al tema del risparmio energetico o del recupero di materia nei rifiuti).

Dall'angolo prospettico dell'unificazione, le evidenze empiriche dell'inclusione di condizioni ambientali sono troppo poche per essere ritenute significative, ma, in generale, l'inclusione delle scelte ambientali determina, per un verso, una spinta verso l'alto, dal momento che gli standard relativi sono fissati a livello statale come insegna la giurisprudenza costituzionale in proposito²⁷, e per altro verso, una opposta considerazione specifica dei singoli territori in cui tali criteri devono essere applicati, ciascuno con le sue specificità ambientali e i suoi 'costi'.

Da quanto appena evidenziato emerge un ulteriore profilo di sintesi che può essere tracciato.

Le nuove regole europee sui contratti pubblici assegnano all'amministrazione un ruolo se possibile rafforzato rispetto al passato.

Per un verso, infatti, la centralità dell'oggetto del contratto, quale parametro di legittimità di scelte strategiche volte al perseguimento degli interessi 'sensibili', presuppone un'amministrazione consapevole e tecnicamente attrezzata a disegnare la vicenda contrattuale avendo riguardo a tutte le possibili componenti e ricadute.

Per altro verso, l'aver posto la valutazione dell'amministrazione su una scala temporale più ampia investe l'amministrazione di un potere di ponderazione e considerazione dell'economicità più complesso rispetto al passato.

Entrambi questi profili potrebbero essere sintetizzati nella prospettiva offerta dalle nuove direttive di un'amministrazione investita di un ruolo per il quale vi sia necessità di un esercizio ampio, illuminato e complesso del potere discrezionale. E pertanto di una amministrazione tecnicamente attrezzata a ricoprire questo ruolo.

Un'amministrazione forte quindi, preparata dal punto di vista tecnico a padroneggiare anche gli 'altri interessi' coinvolti dal contratto.

Questa aspettativa parrebbe non essere del tutto allineata con il percorso evolutivo dell'ordinamento italiano.

Fattori quali la crisi economica e la necessità di contrasto a pratiche di illegalità diffusa – oltre al fisiologico timore del contezioso – che hanno coinvolto proprio l'applicazione della disciplina dei contratti stanno determinando un arretramento della disciplina verso una uniformazione dei modelli applicativi vo-

tata a restringere in ambiti più limitati la discrezionalità dell'amministrazione. Senza poter qui indugiare oltre, occorre segnalare che l'uso strategico dei contratti nella prospettiva europea si pone lungo una linea evolutiva di segno opposto, che investe in un ampliamento dei poteri discrezionali dell'amministrazione.

In conclusione, le diverse prospettive di possibile approccio al tema dell'uso strategico evidenziate con pochi, sintetici, esempi, conducono a ritenere tutt'altro che acquisito un ruolo univoco della disciplina dei contratti nella dinamica di unificazione amministrativa. Le esperienze descritte si collocano lungo una sinusoide di effetti e valori non sempre coerenti tra loro che identificano gli strumenti in mano al legislatore ed all'amministrazione come in corso di mutamento.

Occorre domandarsi se l'odierno legislatore e l'odierna amministrazione, ai suoi diversi livelli di complessità, siano in grado di coglierne le opportunità, abbandonando particolarismi e frammentazione normativa e dispiegando tutte le potenzialità di un utilizzo corretto del potere discrezionale.

Note

- ¹ L'incidenza positiva del coordinamento sul processo di unificazione amministrativa non può essere disconosciuto, anche se fu poi seguito da interventi di decentramento di diverse funzioni che incisero sull'organizzazione, sia verso articolazioni territoriali che, in particolare, verso enti appositamente istituiti (Ferrovie dello Stato, Anas, ma anche la Cassa per il Mezzogiorno, ad esempio).
- ² R.d. 03.11.1861, n. 178 e Regolamento di attuazione 13 dicembre 1863, n. 303.
- ³ R.d. 18.11.1923, n. 2440 e R.D. 23.05.1924, n. 827.
- ⁴ Corte Cost. sent. n. 401 del 23 novembre 2007.
- ⁵ Tutela della concorrenza, che, secondo le parole della Corte (sent. N. 401/2007) «si concretizza, in primo luogo, nell'esigenza di assicurare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (articoli 3, paragrafo 1, lettere c e g; 4, paragrafo. 1; da 23 a 31; da 39 a 60 del Trattato che istituisce la Comunità europea, del 25 marzo 1957). Si tratta di assicurare l'adozione di uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza. Sul piano interno, l'osservanza di tali principi costituisce, tra l'altro, attuazione delle stesse regole costituzionali della imparzialità e del buon andamento, che devono guidare l'azione della pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost.».
- ⁶ Sempre Corte Cost. sent. n. 401 del 23 novembre 2007.
- ⁷ Cfr. considerando n. 3 della direttiva 31.03. 2004, n. 17.
- ⁸ L. 10.08.1950, n. 646.
- ⁹ D.p.r. 06.03.1978, n. 218, art. 2.
- ¹⁰ art. 47 del d.p.r. 218/1978.
- ¹¹ art. 55 del d.p.r. 218/1978.
- ¹² Cfr. artt. 107 sgg. del d.p.r. 218/1978.
- ¹³ L. 21 dicembre 2001, n. 433 e d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, ora trasposto agli artt. 161 sgg. del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.
- ¹⁴ Perseguita prevedendo – tra l'altro – che sia anticipato alla fase della progettazione preliminare (anziché a quella della progettazione definitiva) il rilascio dei provvedimenti di valutazione di impatto ambientale (VIA), di intesa Stato-Regioni sulla localizzazione dell'opera e l'individuazione di un esatto limite di spesa, comprensivo, eventualmente, delle misure compensative dell'impatto territoriale a favore delle comunità locali.
- ¹⁵ La cui approvazione viene affidata al CIPE, che svolge un ruolo centrale nell'ambito delle procedure previste per le opere strategiche.
- ¹⁶ Si contano oltre 80 deroghe al codice dei contratti.
- ¹⁷ Secondo rapporto dell'*Advisory Board* dell'OCSE, nell'ambito del protocollo d'intesa con l'ANAC per le attività di cooperazione relative a Expo Milano 2015, fino a marzo 2015, l'Unità Operativa Speciale Expo che è stata creata per monitorare in modo specifico le procedure di appalto, a fronte di 153 procedure contrattuali oggetto di analisi, ha segnalato in 109 casi fattispecie di illegittimità o osservazioni di inopportunità.
- ¹⁸ Nella più recente audizione Parlamentare del Ministro delle Infrastrutture in occasione della delega per il recepimento delle direttive del 2014 è stato evidenziato come si tratti per l'Italia del 15% del PIL.
- ¹⁹ Le tre priorità individuate dalla Commissione sono quindi una crescita intelligente, tesa a «sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione» una crescita sostenibile, volta a «promuovere un'economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, più verde e più competitiva» e una crescita inclusiva, capace di «promuovere un'economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale». Affinché tali priorità possano

- essere soddisfatte, la Commissione europea fissa cinque obiettivi che l'Unione, e ciascuno Stato membro, deve conseguire entro il 2020. Questi riguardano l'occupazione, la ricerca e l'innovazione, il cambiamento climatico e l'energia, l'istruzione e la lotta contro la povertà.
- ²⁰ La complementarità tra i suddetti obiettivi è esplicitata dalla stessa Commissione, la quale sottolinea come «il perseguimento di questo [secondo] obiettivo potrebbe anche contribuire al conseguimento del primo obiettivo di accrescere l'efficienza della spesa pubblica a lungo termine, ad esempio spostando l'accento dal prezzo iniziale più basso al costo del ciclo di vita più basso».
- ²¹ La previsione, tesa alla promozione ed all'integrazione sociale, costituisce concreta attuazione di quanto stabilito dall'art. 45 della Costituzione, secondo cui la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata e ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei assicurandone, con opportuni controlli, il carattere e le finalità.
- ²² Cfr. Parere Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, Adunanza del 6 febbraio 2006, n. 355.
- ²³ Il d.m. del 2012 segue le indicazioni che la Commissione europea ha pubblicato nei primi mesi del 2011, la guida *Acquisti sociali. Una guida alla considerazione degli aspetti sociali negli appalti pubblici* redatta sulla base del documento dello staff della Commissione SEC(2010) 1258 final, 19.10.2010. La guida prende in considerazione diversi aspetti sociali afferenti all'ampia definizione di «appalti pubblici socialmente responsabili», *Socially responsible public procurement* (SRPP) elaborata dalla Commissione: la promozione delle opportunità di occupazione, opportunità per l'occupazione giovanile, per i disoccupati di lunga durata, per le persone appartenenti a gruppi svantaggiati (ad es. lavoratori migranti, minoranze etniche, ecc.), per le persone con disabilità ecc.
- ²⁴ Cfr. d.m sui Criteri ambientali minimi del 11.04.2008 e s.m.i.
- ²⁵ Su tutte, la storica sentenza della Corte di Giustizia europea 17 settembre 2002, causa C 13/99, *Concordia Bus Finland*, ma anche nel nostro ordinamento, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. V, 19 novembre 2009, n. 7259, Consiglio di Stato, sez. V, 27 novembre 2007, n. 5911.
- ²⁶ Comunicazione della Commissione europea del 3 marzo 2010, *EUROPA 2020 Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*.
- ²⁷ *Ex multis*, Corte Cost. 10 luglio 2002, n. 407, ma anche 1 ottobre 2003, n. 307 e 27 ottobre 2003, n. 331.

Riferimenti bibliografici

- Benedetti A. 1999, *I contratti della pubblica amministrazione tra specialità e diritto comune*, Giappichelli, Torino.
- Cafagno M. 2001, *Lo Stato Banditore. Gare e servizi Locali*, Giuffrè, Milano.
- Caranta R. 2004, *I contratti pubblici*, Giappichelli, Torino.
- Colosimo C. 2011, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in G.D. Comporti (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale scientifica, Napoli.
- Comporti G.D. 2011, *Introduzione: dal potere discrezionale alle scelte negoziali*, in Id., *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Fidone G. 2012, *Gli appalti verdi all'alba delle nuove direttive: verso modelli più flessibili orientati a scelte eco-efficienti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 5.
- Franchini C. 2009, *La figura del commissario straordinario prevista dall'art. 20 del DL n. 185/2008*, relazione a Convegno IGI Roma 26 febbraio.
- Giannini M.S. 1977, *Diritto pubblico dell'economia*, il Mulino, Bologna.
- 1993, *Diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano.
- Mannoni L. et al. (a cura di) 2001, *Storia del diritto amministrativo*, Laterza, Roma-Bari.
- Massera A. 2011, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PPAA., tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa University Press, Pisa.
- Rossi G. 2015, *Principi di diritto amministrativo* (II ed.), Giappichelli, Torino.
- Sandulli A.M. 1967, *I lavori Pubblici*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Neri Pozza, Vicenza.
- Torchia L. 2009, *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, Bologna.

PARTE SESTA
ENFORCEMENT TRA REGOLAZIONE E CONTROLLI

CORTE DEI CONTI E ISTITUZIONI SUPERIORI DI CONTROLLO

Domenico Siclari

SOMMARIO – 1. Prolegomeni. 2. Brevi cenni storici: dalle origini della Corte dei conti italiana all'avvento della Carta costituzionale. 3. Profili diacronici del controllo della Corte dei conti: la revisione funzionale e organizzativa. 4. La funzione di controllo alla luce della riforma del Titolo V e delle sue risultanze attuative. 5. La Corte dei conti e le relazioni con le Istituzioni Superiori di Controllo. 6. Conclusioni.

1. Prolegomeni

Il presente contributo intende operare una riflessione sulla sfera funzionale ed operativa della Corte dei conti in sede di controllo nell'ordinamento positivo; avuto riguardo alle risultanze emerse nel corso degli ultimi 150 anni, dalla fase cioè successiva all'introduzione delle leggi sull'unificazione.

A tal proposito, è risaputo come la presenza di un soggetto preposto al controllo sulle modalità di utilizzazione delle risorse pubbliche, nonché all'applicazione di strumenti a carattere sanzionatorio per stigmatizzare condotte distorsive di dette risorse, costituisca una costante nell'evoluzione degli aggregati umani organizzati (*ex multis*, Di Renzo, 1955; Bennati, 1990: 11; Barettoni Arleri, 1997: 22; Tigano, 2008).

In proposito, è stato attentamente rilevato come, la Corte «è, al contempo, oggetto e motore dell'evoluzione dell'ordinamento (subendone e governandone gli effetti) e osservatorio privilegiato della stessa» (Fracchia, 2014: 404). Non a caso, se è vero che «le funzioni attribuite alla Corte dei conti presentano una sorprendente continuità morfologica dall'esperienza giuridica medievale a quella moderna» (Carosi, 2013: 503) è parimenti vero che la genesi appaia riconducibile a spazi storici antecedenti all'evo medio.

Siffatte considerazioni vanno poi vagliate alla luce dei fenomeni di ordine eminentemente (*pre*)giuridico che hanno connotato il *restyling* della cultura occidentale, altresì in relazione alla materia in esame.

A seguito delle due grandi Rivoluzioni, infatti, si è assistito alla progressiva laicizzazione dei concetti teologici secolarizzati – con la relativa materializzazione degli stessi; comportando lo spostamento dell'attenzione dalla gestione del bene pubblico alle politiche di spesa. Uno scenario che, sul precipuo versante del controllo, ha implicato la transizione da una concezione teologica, fondata sulla legalità e sulla legittimità degli atti aventi rilievo di diritto pubblico, ad una

laica, in cui l'attenzione si incentra su una legalità parametrata in via prioritaria ai canoni di efficienza, efficacia e economicità delle gestioni (Picozza, 2010).

In ragione di ciò, nonché a fronte dell'inequivocabile progresso in chiave razionalista di tutte le organizzazioni istituzionali che hanno accompagnato la storia dell'umanità (Weber, 1995; Dandeker, 1990), l'organo in commento si trova – nell'attualità – al centro di un processo che lo erge al ruolo di garante dell'equilibrio unitario della finanza pubblica complessiva, a fronte delle pressanti ricadute del diritto pubblico dell'economia e delle contingenze dettate dalla crisi globale (Monorchio, Mottura, 2014: 39).

Un'esigenza avvertita già, in tempi non sospetti, in ambito sovranazionale con la *Dichiarazione sui principi generali di controllo della finanza pubblica* del 1977 (Manna, 1999: 266), siglata con l'intento di assicurare «l'impiego razionale ed efficiente dei fondi pubblici [che] costituisce una delle condizioni essenziali per assicurare la corretta gestione delle pubbliche finanze e l'efficacia delle decisioni delle competenti autorità».

Un obiettivo che passa dalla costituzione e dal potenziamento di apposite Istituzioni Superiori di Controllo sulle finanze pubbliche (meglio note con l'acronimo ISC), tra le quali si ascrive *pleno iure* la Corte dei conti (Buscema, 1979; Berti, Tumia, 1962; Cantucci, 1958).

Al contempo, è d'uopo rilevare come l'analisi *de qua* non possa prescindere dagli apporti scaturenti in seno al processo di trasformazione della più generale materia della contabilità pubblica, posto che le modifiche di quest'ultima assurgono a fondamento di qualsivoglia innovazione del ruolo della Corte.

Un settore fortemente inciso dal policentrismo autonomico delle amministrazioni e consequenzialmente dal decentramento della finanza pubblica ed in particolare dei gestori della spesa, che hanno ingenerato lo spostamento dell'attenzione dal bilancio dello Stato al conto consolidato delle amministrazioni pubbliche.

Un assetto in cui sono dilagati fenomeni distorsivi quali il *fiscal gap*, l'asimmetria territoriale e l'urgenza – balzata agli onori della cronaca – di porre rimedio alle distorsioni dei fondi pubblici assegnati ai partiti, considerati gli scandali che hanno coinvolto taluni esponenti politici, nonché i gruppi consiliari regionali in relazione ai rimborsi elettorali (Azzariti, 2009: 214 sgg.; Rivosecchi, 2007).

A ciò si aggiungano gli effetti dell'integrazione europea, specie a seguito dell'avvento del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, del *Fiscal Compact* e del *Six Pack*, nonché dei pertinenti vincoli di bilancio, che hanno imposto una rinnovata politica in capo agli Stati membri, sancendo l'esigenza di monitorare il complesso dei conti pubblici per consentire la verifica sull'andamento delle rispettive economie (Romano, 1968; Höffe, 2007: 111 sgg.; Grossi, 2012: 36 sgg.).

Siffatto stato dell'arte, vagliato in combinato con gli apporti normativi e giurisprudenziali di settore, consegna l'immagine di un sistema sensibilizzato alle

garanzie di integrità e di trasparenza delle gestioni finanziarie pubbliche, in particolar modo sul versante degli enti territoriali. Ed in cui la Corte dei conti asurge al ruolo di organo terzo¹ posto al servizio dello *Stato-comunità*² e garante degli interessi finanziari della collettività. Un obiettivo perseguito, non già attraverso lo statismo della funzione di *pareggio del bilancio*, bensì facendo leva sulla prospettiva dinamica dell'*equilibrio di bilancio* e più in generale della finanza pubblica complessiva.

2. Brevi cenni storici: dalle origini della Corte dei conti italiana all'avvento della Carta costituzionale

Come testé anticipato la presenza di una magistratura contabile costituisce una costante nel novero dell'evoluzione delle strutture e degli apparati ordinali. Tuttavia, la connotazione che la stessa assume con riferimento ad un certo lasso temporale rappresenta il portato di un processo di consolidamento alquanto travagliato, che involge il contesto ordinamentale in cui l'organo viene a radicarsi.

A riprova, dall'analisi comparatistica, emerge come nel novero dei Paesi di tradizione latina (Sciascia, Sciascia, 1997: 275) tutto ciò prende corpo al fine di dare respiro ad un sindacato sui conti pubblici posto in essere da una struttura a composizione collegiale e con una duplicità funzionale: amministrativa e giurisdizionale.

Le fasi salienti di affrancazione di tale organo possono farsi risalire già dal XIII secolo, con l'istituzione della *Cour de comptes* francese, che schiude le porte ad una struttura preposta alle controversie *contabili* sui rapporti patrimoniali tra sovrano e privati (Greco, 1961). In relazione al nostro ordinamento, l'epifania dalla quale prendere le mosse è scolpita in un dato momento, con ciò si intende alludere al 14 agosto 1862 data di approvazione della legge n. 800 (Ghisalberti, 1962: 853 sgg.).

In quel particolare spazio storico di mediazione lo Stato unitario, nato dal Risorgimento e fortemente intriso dalla teorica della separazione dei poteri, venne chiamato anche con riferimento alla sfera funzionale della Corte, a vagliarne la compatibilità con la istituenda architettura istituzionale.

Una verifica incentrata sulla cumulabilità delle funzioni giurisdizionali e amministrative di controllo.

In proposito, l'ascrizione del ruolo di supremo organo di controllo della regolarità dell'azione amministrativa e di giudice dei conti pubblici e delle pensioni, accese numerose animosità nel dibattito dell'epoca: così, sullo sfondo della teoria giuseconomica labandiana di scuola tedesca (Laband, 2007), da un punto di vista logico sistematico già De Gioannis Gianquinto (De Gioannis Gianquinto,

1864), aveva avvertito la scelta del cumulo, confluendo in quel dibattito sulla costituzionalità della cointestazione che vedeva favorevole Orlando (Orlando, 1900: 23 sgg.) e critico Cammeo (Cammeo, 1903: 182 sgg.).

A ciò si aggiungano le resistenze dell'*intra moenia* dell'amministrazione finanziaria del Regno che percepiva con occhio non benevolo la concretizzazione di quei principi, già presagiti da Cavour, fonte di espiazione del potere di controllo interno della Ragioneria generale dello Stato. Senza, poi, dimenticare le opposizioni connesse alla difficoltà di recepire il giudizio in materia di pensioni, acquisito dalla legislazione toscana.

Tuttavia, la *querelle*, com'è noto, grazie ad un forte richiamo alla tradizione consolidata in materia, si concluse con il mantenimento della duplice veste funzionale dell'organo, preconizzando l'impellenza di porre in essere un'attenta riflessione sulla collocazione e sulla limitazione dell'esercizio delle medesime spettanze.

Dal canto loro le leggi sull'unificazione, ed in particolare l'art. 12, All. E, l. 20.03.1865, n. 2248, non apportarono alcuna innovazione di rilievo in ordine alla giurisdizione della Corte, confermando l'assetto preesistente. L'unico intervento registrabile fu quello di soppressione delle sezioni del contenzioso amministrativo della Gran Corte dei conti di Napoli e di Palermo, e del Tribunale del contenzioso di Parma (art. 15).

In una visione complessiva, è possibile rilevare il dato sistematico in forza del quale l'attività della Corte sia transitata, progressivamente, da una funzione di assistenza rispetto ai poteri in materia di bilancio del Parlamento, per collocarsi poi nel novero degli organi sussidiari del Governo.

A riprova, se da un punto di vista formale il regime fascista non si è discostato rispetto alle risultanze predette, per altro ha segnato un radicale mutamento sul versante istituzionale, legato all'evidente spostamento dell'ago della bilancia dal potere dall'Assemblea rappresentativa, verso l'Esecutivo. Conseguenza diretta dei mutamenti costituzionali è stata l'innovazione consistente nella presentazione della deliberazione sul rendiconto generale dello Stato (unitamente alla relativa relazione) al Capo del Governo, per essere poi trasmessa al Gran consiglio del fascismo e al Parlamento.

In buona sostanza, la Corte dei conti diveniva organo ausiliario del Governo a fronte della simbolicità del ruolo parlamentare.

Se la strada del ripensamento del settore viene avviata, ancorché in assenza dei caratteri dell'organicità, con il r.d. 12.7.1934, n. 1214 (*Testo unico delle leggi sulla Corte dei conti*) e con il regolamento di procedura approvato con r.d. 13.8.1933, n. 1038. Il vero punto di svolta lo si avrà solo grazie all'avvento della Costituzione ed in particolare degli articoli 100 e 103 Cost., che confermano le caratteristiche della magistratura contabile – già presenti nella legislazio-

ne del Regno d'Italia –, contestualizzandola nel quadro dell'istituendo impianto democratico-parlamentare.

Così, la Carta al secondo comma dell'art. 100, posto a chiusura del titolo III della seconda parte (dedicato al Governo e alla Pubblica Amministrazione), sancisce le funzioni di controllo della Corte. Mentre, al secondo comma dell'art. 103 Cost., ricompreso a sua volta nell'*Ordinamento giurisdizionale*, prevede le attribuzioni giurisdizionali «nelle materie di contabilità pubblica», oltre che «nelle altre specificate dalla legge».

Dunque, una Corte che, collocata nel novero degli organi di previsione costituzionale, si contraddistingue per la sua *indipendenza e neutralità* rispetto allo Stato apparato, al fine di svolgere con imparzialità il controllo sul rispetto della legittimità degli atti amministrativi e sulla corretta gestione finanziaria.

La Carta, proclamata l'autonomia dal Governo – nei confronti del quale permane una funzione ausiliaria – e le immanenti garanzie di indipendenza proprie dello *status* dei componenti, recupera la funzione di controllo in stretta correlazione referente verso il Parlamento (Guccione, 1990: 235 sgg.); ferma restando, come rilevato dalla Consulta³, la titolarità del ruolo di organo ausiliario del Governo, preposto ad assicurare il rispetto del principio di legalità nell'amministrazione.

Al contempo, la stessa assurge al rango di giudice nelle materie di giurisdizione contabile preposto alla tutela dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi coinvolti in detto settore. La Corte costituzionale ne ha sottolineato il ruolo nodale sul versante della *giurisdizione contabile*, senza tuttavia riconoscerne il carattere della esclusività e sottolineando la necessità che le singole controversie ad essa conferite vengano sempre accompagnate dall'*interpositio legislatoris*.

Uno scenario che, alla luce del contesto e del pretesto che connotano la sfera dei poteri della Corte, suggella a livello costituzionale la pari dignità del controllo e della giurisdizione nel quadro di uno *status* unitario dei magistrati che la compongono nonché, a livello di legislazione di dettaglio, dell'organo di autogoverno.

Attraverso gli apporti della giurisprudenza e delle leggi di attuazione della Carta emerge l'immagine di un Consesso giuscontabile al servizio dello Stato-comunità, posto a garanzia dell'imparzialità dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e della corretta gestione delle risorse pubbliche in termini di efficacia, efficienza ed economicità.

Sul versante della riflessione dommatica deve rilevarsi come l'amministrazione burocratica «designa un potere esercitato sul sapere: questo è il suo specifico carattere razionale. Al di là dell'enorme posizione di potenza che il sapere specializzato comporta, la burocrazia [...] ha la tendenza ad accrescere ancora di più la sua potenza mediante [...] le cognizioni dei fatti apprese nel corso del servizio» (Weber, 1995: 219).

In proposito, appare interessante rimarcare come una prima riflessione sui *principia individuationis* aveva portato, a partire dai primi del novecento, all'osservazione fenomenologica dell'istituto del controllo.

La dottrina più risalente riteneva come «occorre (...) perché il giudizio abbia un'efficienza pratica, che esso possa tradursi in una manifestazione di volontà munita di un effetto giuridico proprio, e cioè che l'organo di controllo sia fornito di mezzi che gli permettano di adempiere in modo giuridicamente efficace al compito suo» (Forti, 1915: 614).

Di conseguenza, il giudizio logico doveva connotarsi per l'esistenza di una manifestazione produttiva di efficacia giuridica (in termini positivi o negativi) sull'attività sottoposta ad esame (Forti, 1915: 609).

La generalizzazione che ne è seguita rispetto ai vari ambiti dei pubblici poteri, divenuta oramai principio di costituzione materiale, non ha però impedito di incardinarlo quale *principio tendenziale* (Giannini, 1981: 327 e 1974). Una concettualizzazione nella quale l'*audit* consterebbe «di un giudizio di conformità a regole, che comporta in caso di difformità una misura repressiva, preventiva, rettificativa o eliminativa» (Giannini, 1981: 327), contrassegnato dal diverso temperamento dei tempi e delle modalità di esecuzione.

Orbene, il controllo, pur conservando natura accessoria rispetto a situazioni preliminari sulle quali interviene, ingenera un'attenta valutazione sul fronte funzionale e delle prerogative conferite al soggetto detentore dello stesso.

La Consulta, già in tempi non sospetti, ha analizzato la questione della natura di detta funzione, in sede di valutazione della legittimazione della Corte dei conti a sollevare l'incidente di costituzionalità nel corso del procedimento di controllo preventivo di legittimità su atti – considerazioni estese anche al controllo finanziario sull'attività amministrativa e contabile.

Tale statuizione è stata, fino alla riforma del 1994, al centro di interessanti disquisizioni tassonomiche, che l'hanno collocata in una posizione eterodossa, al di fuori cioè del solco dell'azione amministrativa.

Infatti, il sindacato, denso di analogie rispetto alla funzione giurisdizionale, si è presentato estraneo agli interessi del controllante, con un giudizio peculiare per la sua obiettività ed imparzialità; nonché, contrassegnato dai connotati tipici della giurisdizione quali l'assenza di discrezionalità, l'irrevocabilità, la doverosità e l'indipendenza di giudizio.

La Consulta con la sentenza 12.11.1976, n. 226 è giunta a sottolineare come «Anche se il procedimento svolgentesi davanti alla Sezione di controllo non è un giudizio in senso tecnico-processuale, è certo tuttavia che, ai limitati fini dell'art. 1 della legge cost. n. 1 del 1948 e dell'art. 23 della legge n. 87 del 1953, la funzione in quella sede svolta dalla Corte dei conti è, sotto molteplici aspetti, analoga alla funzione giurisdizionale, piuttosto che assimilabile a quella ammini-

strativa, risolvendosi nel valutare la conformità degli atti che ne formano oggetto alle norme del diritto oggettivo, ad esclusione di qualsiasi apprezzamento che non sia di ordine strettamente giuridico.

Il controllo effettuato dalla Corte dei conti è un controllo esterno, rigorosamente neutrale e disinteressato, volto unicamente a garantire la legalità degli atti ad essa sottoposti, e cioè preordinato a tutela del diritto oggettivo, che si differenzia pertanto nettamente dai controlli c.d. amministrativi, svolgentisi nell'interno della pubblica amministrazione; ed è altresì diverso anche da altri controlli, che pur presentano le caratteristiche da ultimo rilevate, in ragione della natura e della posizione dell'organo cui è affidato. Composta di magistrati [...] la Corte dei conti è, infatti, l'unico organo di controllo che, nel nostro ordinamento, goda di una diretta garanzia in sede costituzionale» (Ferrari, 1956: 268 sgg.).

Tutto ciò conforta l'esigenza del contemperamento delle funzioni della Corte, che si completano e si compenetrano in una prospettiva teleologica, diretta a dare concretezza ad una contabilità pubblica, che assume un ruolo cardine negli odierni progetti istituzionali. In particolare, considerata la necessità di un collegamento tra la correttezza in sede di gestione delle risorse per l'amministrazione della cosa pubblica e di erogazione dei servizi pubblici.

3. Profili diacronici del controllo della Corte dei conti: la revisione funzionale e organizzativa

La funzione in commento avuto riguardo ad una pluralità di fenomeni quali: il decentramento, l'istituzione delle Regioni nonché la moltiplicazione dei centri di spesa, si è progressivamente irradiata a tutti i livelli e a tutte le articolazioni della Repubblica: locale, regionale oltre che statale⁴.

A tal proposito, nel proseguo della trattazione si tenterà di operare una ricognizione in materia di controllo al fine di verificarne le linee evolutive nel quadro del policentrismo autonomico scaturito dalla riforma del Titolo V.

In tal senso, tenuto conto della pluralità di distorsioni registrate in sede di attuazione del federalismo e dell'autonomia – specie sul versante dell'autonomia politica degli enti territoriali – deve registrarsi sin d'ora il *revirement* subito dalla materia dei controlli, che ha comportato un fisiologico rafforzamento del ruolo della Corte e dei suoi poteri (Manganaro, 2012: 259 sgg.).

Dunque, l'*audit* nel diritto positivo viene a connotarsi per una pluralità di tipologie diversificate, oltre che sul fronte del rapporto tra oggetto e paradigma, altresì per il momento in cui l'intervento viene posto in essere e che hanno contrassegnato le alterne vicende del nostro ordinamento, rispondendo al diverso modo di atteggiarsi della pubblica amministrazione (Santoro, 2013).

Sicché, nel tentativo di riportare a sistema la tematica, possono distinguersi per un verso i – più recenti – controlli di tipo collaborativo, incentrati sulla *moral suasion*, sull'*accountability* e sulla *trasparenza*, per concretare una sana gestione finanziaria attraverso lo strumento del referto. Per altro, i più risalenti controlli (siano essi preventivi o concomitanti) di legittimità sugli atti e sull'attività economico-finanziaria pubblica (Festa, Lillo, 2006). Da ultimo, gli strumenti a carattere risarcitorio-sanzionatorio mediante i quali dare attuazione alla funzione di correzione delle condotte rilevanti sul versante della regolarità e della legittimità dell'agire amministrativo e al contempo stigmatizzare le condotte foriere di danno erariale.

Orbene, ferma restando la necessità di fornire risposte al pressante bisogno di garantire gli interessi finanziari della collettività dinanzi all'eventuale fallimento del controllo e, dunque, alla presenza di un fenomeno patologico, attraverso la capacità stigmatizzante della giurisdizione (Mastropasqua, 2012).

Gli strumenti di carattere amministrativo, invece, si sono evoluti in tre macrofasi che si snodano lungo il corso della storia repubblicana: la prima che si radica dall'avvento della Costituzione sino alla entrata in vigore della l. 14.01.1994, n. 20, con una propensione ai soli controlli preventivi di legittimità. A questo primo momento ha fatto seguito l'avvento del controllo sulla gestione, che si estende fino alla legge 23.12.2005, n. 266 (art. 1, co. 166 sgg.). L'ultima fase invece, che giunge sino ai giorni nostri, vede la Corte dei conti depositaria di un controllo di legittimità-regolarità sul rispetto del patto di stabilità interno e dell'equilibrio dei bilanci.

Tuttavia, senza voler generalizzare in maniera eccessiva, avuto riguardo alle contingenze di trattazione, appare opportuno rimarcare come ai singoli passaggi storici ha fatto da *pendant* la permanenza di una pluralità di forme di controllo.

Così nell'attualità accanto al modello prevalente, rappresentato dai controlli di legittimità-regolarità sui conti degli enti territoriali e delle aziende sanitarie nazionali (attività nodali delle Sezioni regionali di controllo), permangono tanto il controllo sulla gestione, previsto dalla l. n. 20/1994, quanto – ancorché in misura del tutto ridimensionata rispetto al passato – il controllo preventivo sugli atti delle amministrazioni dello Stato.

Passando poi al versante strutturale/organizzativo deve registrarsi il diffondersi della c.d. *delocalizzazione* della Corte. Un *iter* diretto a rispondere al dilagare dei centri di spesa in periferia e che ha spinto il legislatore a favorirne il decentramento delle funzioni.

Tale *iter* avviato con il d.lgs luog. 18.01.1945, n. 16, e proseguito con il d.lgs luog. 14.06.1945, n. 355, che ha introdotto, presso ciascun Provveditorato regionale, uffici distaccati della Corte dei conti per l'espletamento della funzione di controllo sugli atti e sulle spese. Lo stesso è stato portato avanti con la l.

20.12.1961, n. 1345, mediante la quale gli uffici distaccati hanno assunto la denominazione di delegazioni regionali della Corte dei conti (Zambardi, 2013: 77 sgg.), cui hanno fatto seguito nel 1997 i collegi regionali di controllo⁵. Da ultimo, con il regolamento 14.06.2000, n. 14, deliberato dalla Corte dei conti, i collegi sono stati trasformati in Sezioni regionali di controllo, la cui copertura legislativa è prevista dalla l. 5.06.2003, n. 131.

Dunque, un processo di stampo organizzativo che si lega indissolubilmente con quello funzionale inerente il controllo. Difatti, già con la l. n. 20/1994, nel progressivo superamento dello statocentrismo sul fronte della finanza pubblica, il legislatore aveva ampliato il controllo della Corte dei conti avverso tutte le amministrazioni pubbliche, ivi comprese Regioni e enti locali.

Una prospettiva che, richiamando le parole della Consulta, aveva conferito alla Corte dei conti, «nell'ambito del disegno tracciato dagli artt. 97, primo comma, 28, 81 e 119 (nel testo originario) Cost., il ruolo di organo posto al servizio dello "Stato-comunità", quale garante imparziale dell'equilibrio economico-finanziario del settore pubblico e della corretta gestione delle risorse collettive sotto il profilo dell'efficacia, dell'efficienza e dell'economicità»⁶, in continuità rispetto altresì agli obblighi di matrice comunitaria.

4. La funzione di controllo alla luce della riforma del Titolo V e delle sue risultanze attuative

In siffatto solco si collocano tutta una serie di apporti normativi che saranno specificati nel proseguo.

Sicché, prendendo le mosse dalla riforma costituzionale l. cost. 18.10. 2001, n. 3 e dalla l. 05.06.2003, n. 131 deve preliminarmente rammentarsi come alla *ratio* sottesa al potenziamento delle autonomie, che aveva spinto alla soppressione in via generale dei controlli preventivi di legittimità sugli atti, ha fatto seguito un approccio di segno opposto (sia del legislatore che della giurisprudenza della Corte costituzionale), volto a dare nuova consistenza al ruolo della Corte. Una tendenza perseguita essenzialmente attraverso il ricorso ai controlli finanziari e contabili (Carosi, 2007: 255 sgg.).

Tale scenario si è contrassegnato per l'aver soverchiato il precedente regime dei controlli che, nonostante le molteplici questioni scaturenti dal rinnovato assetto costituzionale, ha portato nel 2003 in sede di Conferenza unificata a qualificare l'abrogazione in via sopravvenuta della legislazione attuativa degli artt. 125 e 130 Cost., con le risultanze del caso. A fronte di un sistema di gestioni pubbliche che, sullo sfondo della preponderante necessità di tutelare i diritti sociali secondo un criterio *standard*, così come sancito dall'art. 117, co. 2, lett. *m*), Cost., sono pertanto chiamate ad ottemperare passando attraverso il rispet-

to delle regole giuscontabili e dei vincoli finanziari incombenti sull'ordinamento (Mastropasqua, 2012; Staderini, 2000).

Tenuto conto di ciò, le previsioni dell'art. 7 della legge *La Loggia* hanno conferito alla Corte una duplicità di strumenti di controllo esterno. Per un verso, infatti, sono stati introdotti poteri di verifica incentrati sul rispetto degli equilibri di bilancio da parte di enti locali e Regioni. Un controllo diretto a garantire il coordinamento della finanza pubblica e parametrato alla rispondenza della gestione al patto di stabilità interno e ai vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione.

In secondo luogo, alle Sezioni regionali della Corte dei conti è stato attribuito il ruolo di garanti/controllori del perseguimento degli obiettivi sanciti dalle leggi statali o regionali di principio e di programma, secondo la rispettiva competenza, nonché della sana gestione finanziaria degli enti locali e del funzionamento dei controlli interni.

Ed ancora, si rammenti l'art. 7, co. 8, l. n. 131/2003 che ha oltremodo attribuito alla Corte la funzione consultiva, prevedendo che Regioni e enti locali possano rivolgersi alle Sezioni regionali per ottenere pareri in materia di contabilità pubblica ovvero altre forme di collaborazione per consentire la regolare gestione finanziaria e l'efficienza ed efficacia dell'azione amministrativa.

Un ulteriore e fondamentale *step* nel processo di estensione del controllo della Corte agli enti territoriali è emerso a seguito dell'avvento della legge 23.12.2005, n. 266 (*Legge finanziaria 2006*), il cui art. 1, co. 166 sgg., ha rafforzato i controlli finanziari, sancendo che, ai fini della tutela dell'unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica, gli organi degli enti locali nonché delle aziende sanitarie trasmettono alle Sezioni regionali di controllo una relazione sul bilancio di previsione dell'esercizio di competenza e sul rendiconto dell'esercizio medesimo. Il tutto al fine di assicurare il rispetto del patto di stabilità e dei vincoli in tema di indebitamento.

Qualora dall'accertamento emergano comportamenti difforni alla sana gestione finanziaria ovvero agli obiettivi posti con il patto di stabilità interno, le Sezioni regionali segnalano le eventuali irregolarità agli organi rappresentativi dell'ente, affinché adottino idonee misure correttive. Un sindacato esteso alle Regioni dall'art. 14, co. 1, lett. e), d.lgs. 13.08.2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla l. 14.09.2011, n. 148.

In proposito, deve registrarsi come la Consulta abbia affermato che siffatte tipologie di controlli possano ascrivere alla categoria del riesame di legalità e regolarità e che gli stessi concorrano alla formazione di una concezione unitaria della finanza pubblica, ai fini della tutela dell'equilibrio finanziario e dell'osservanza del patto di stabilità interno⁷.

In questa stagione istituzionale, che prende le mosse dalla riforma del Titolo V e dalla valorizzazione dell'autonomia – anche e soprattutto politica – degli

enti territoriali, si registra una proliferazione dei controlli di natura prettamente collaborativa, consistente in via principale nel controllo referto con funzione di stimolo all'autocorrezione dell'ente locale⁸.

Tuttavia, la spinta correttiva in sede di attuazione dell'autonomia nonché dalla possibilità di soverchiare gli eventuali rischi scaturenti dalla dequotazione del principio di legalità sostanziale (Cogliandro, 2007a), ha portato a registrare una controtendenza che dal 2005 ha spinto ad un sostanziale ritorno all'archetipo dei controlli di legittimità-regolarità sui conti. Una impostazione dovuta specie per consentire concretezza alle verifiche sulla sana gestione finanziaria degli enti pubblici e degli enti territoriali.

Orbene, se le vicende del controllo interno sono note – si rammentino le dubbiosità preconizzate in termini netti dallo stesso Giannini –, altresì in ordine al controllo collaborativo sulla gestione non può non trascurarsi come per poter dare attuazione alla *moral suation* e, dunque, risposte concrete ad un parametro eterodosso e alla connotazione etica di tale *audit*, appaia necessario prendere in debita considerazione sia la forma di governo locale che la tradizione culturale e la capacità di una certa realtà ordinamentale di recepire modelli di tal fatta.

Così ad esempio il controllo referto, tenuto conto del suo assorbimento nel circuito dell'indirizzo politico di maggioranza (tra presidente di giunta – o sindaco – e maggioranza consiliare), appare frustrato dal punto di vista dell'attitudine a stimolare l'autocorrezione dell'amministrazione interessata.

In ragione di ciò, la Corte è stata investita da una stagione di riforme volte a dare nuova consistenza ai poteri della stessa. Ad essa, infatti, sono state attribuite nuove spettanze tese a prevenire squilibri di bilancio ovvero danni irreparabili agli equilibri di bilancio e alle quali ha fatto da *pendant* il conferimento di poteri sanzionatori e repressivi nei confronti degli enti territoriali, tra i quali si annovera la possibilità di attivare misure interdittive rispetto ai programmi di spesa.

Più precisamente, tale obiettivo è stato perseguito attraverso il potenziamento dei controlli sulla gestione amministrativa ed economico-finanziaria, nonché attraverso un legame più stringente tra controlli interni ed esterni (si veda l'art. 239 del TUEL) e che, tuttavia, si presenta caratterizzata per la previsione di una serie di nuove competenze poco coordinate e sovrapponibili con quelle precedenti.

Sicché, se già l'art. 11, l. 4.03.2009, n. 15, con riferimento ai c.d. *controlli concomitanti*, parrebbe aver implementato l'*accountability* dei Ministeri, nel proseguo della trattazione appare fondamentale soffermarsi sui profili applicativi del d.lgs. 10.10.2012, n. 174.

Attraverso siffatta disposizione, infatti, il legislatore ha ben inteso consentire alla Corte di operare «una valutazione complessiva di tutti gli atti e le gestioni posti in essere dai diversi enti in cui si articola la Repubblica che abbiano riflessi finanziari, anche allo scopo di consentire alla Corte dei conti, massimo

organo di rilevanza costituzionale garante degli equilibri di finanza pubblica, la valutazione del rispetto del principio costituzionale del pareggio di bilancio»⁹.

Melius, così come rimarcato dalla Consulta, la fisiologia di *audit* sulla gestione economico-finanziaria dalle vesti collaborative, appare circoscritta alla segnalazione all'ente controllato delle disfunzioni emerse in sede di accertamento, rimettendo allo stesso l'assunzione delle misure correttive¹⁰.

Dunque, un controllo «dichiaratamente finalizzato ad assicurare, in vista della tutela dell'unità economica della Repubblica e del coordinamento della finanza pubblica, la sana gestione finanziaria degli enti locali, nonché il rispetto, da parte di questi ultimi, del patto di stabilità interno e del vincolo in materia di indebitamento posto dall'ultimo comma dell'art. 119 Cost.»¹¹.

In buona sostanza il d.lg. 174/2012, accanto ai già esistenti controlli esterni della Corte, ha coniato nuove tipologie che si snodano dai vertici politici delle amministrazioni locali (art. 6) a quelli delle amministrazioni regionali (art. 1, co. 2, 3, 4, 6 e 7). Così, con riferimento all'art. 148 *bis*, d.lgs. 18.08.2000, n. 267, introdotto dall'art. 3, co. 1, lett. e), d.lg. n. 174/2012 (Morgante, 2013), si è attribuita maggiore pregnanza ed incisività al controllo sugli enti locali, prevedendo anche la possibilità di interdire preventivamente le spese inserite nel bilancio di previsione e tuttavia non coperte correttamente.

Le novelle del d.l. n. 174/2012 non si esauriscono nei termini predetti.

In esso, infatti, è stata disposta la parificazione del rendiconto delle Regioni, da parte della Sezione regionale di controllo, ai sensi degli artt. 39, 40 e 41, r.d. n. 1214/1934 (art. 1, co. 5), estendendo così un istituto già noto alle sole Regioni a statuto speciale e, inoltre, sancendo specifici strumenti di controllo ricadenti sui gruppi consiliari dei consigli regionali (art. 1, co. 9, 10, 11 e 12).

Tenuto conto delle risultanze emerse dalla giurisprudenza del giudice delle leggi, che hanno sottoposto a parziale censura la disposizione in commento¹², il controllo di cui al d.lg. n. 174/2012 è stato rimodulato altresì con il d.lg. 24.06.2014, n. 91, che ha novellato l'art. 148, co. 1, del TUEL.

La nuova previsione si profila foriera di un *restyling* contenutistico legato ai controlli della Corte, operando una sostanziale limitazione del campo operativo delle Sezioni regionali alla sola verifica degli aspetti di carattere finanziario. A riprova, l'attività delle sezioni è stata circoscritta al controllo del funzionamento dei controlli interni in relazione agli aspetti di incidenza sulla gestione finanziaria (Astegiano, 2013).

5. La Corte dei conti e le relazioni con le Istituzioni Superiori di Controllo

Quanto sin qui delineato in merito alla sfera funzionale del controllo della Corte dei conti italiana nell'ordinamento positivo ingenera l'esigenza di va-

gliare oltremodo le relazioni con le altre realtà costituite a presidio delle modalità di utilizzazione delle risorse pubbliche, specie con la Corte dei conti europea (Rolli, 2008).

Un'analisi che – in una prospettiva di completamento delle riflessioni sin qui esposte – risponde ad un principio indubbio in forza del quale «l'attività gestionale controllata a livello europeo non è altro che la prosecuzione di quella nazionale, per cui le ISC seguono tali flussi finanziari a livello europeo tramite la Corte comunitaria» (Sciascia, Sciascia, 1997: 304).

In proposito, deve registrarsi in via preliminare come – sin dalla genesi del sistema – si sono svelate «difficulties in this area because of the different approaches to audit, different audit reporting requirements and even differences in the mandate of auditors in various jurisdictions. For example not all National Audit Institutions (NAIs) have sound financial management as part of their mandate. These differences can lead to difficulties in relying on the working papers of other auditors» (Bal, 2002).

Dinanzi alla necessità di dare consistenza ad un'armonizzazione reale, volta alla creazione di una rete di interrelazioni tra le Istituzioni superiori di controllo e nel rispetto dei principi sanciti dall'INTOSAI, si è inteso incrementare l'effettività dell'operato della Corte dei conti europea in una dimensione di collaborazione con le consorelle nazionali (Cogliandro, 2007b).

Un'impostazione diretta a rispondere ai dettami dell'art. 287, co. 3, T.F.U.E., laddove dispone che i controlli dell'ECA presso gli Stati membri vadano realizzati in *partnership* con le affini realtà nazionali e solo qualora tali soggettività non dispongano della necessarie competenze – in *extrema ratio*, dunque – la messa a punto degli *audits* viene demandata ai preposti servizi nazionali.

Orbene, nel quadro evolutivo degli strumenti di interazione tra le ISC si è passati dalla figura dell'Ufficiale di collegamento della Comunità, all'adozione di apposite intese bilaterali, stipulate con talune autorità preposte al controllo nei singoli Stati membri.

Uno scenario in cui si è assistito ad un progressivo passaggio da un modello che *ab origine* prevedeva un'attività di mera assistenza della Corte italiana rispetto all'attività di controllo dell'ECA sulle singole soggettività presenti sul territorio dello Stato ad uno in cui le modalità di cooperazione fra le Corti sono state regolamentate, a partire dal protocollo d'intesa del 23 ottobre 1990, per consentire un esame tangibile del bilancio comunitario e delle risorse in esso registrate.

Appare, dunque, possibile sostenere come il vero punto di svolta si sia avuto grazie all'avvento della figura del *Comitato di contatto dell'UE*. Una realtà, nata negli anni '90 dalle relazioni tra la nostra Corte e la Corte europea, al fine di dare consistenza ad una partecipazione contestuale dei rappresentati di tutte le ISC interessate dal controllo delle finanze dell'Unione.

Melius, uno strumento diretto ad intensificare i rapporti tra ISC in termini di conoscenza dei modelli costituzionali e delle strutture di controllo nonché di scambio di esperienze e di stimolo alle indagini coordinate. Il tutto in piena attuazione dei principi di *partnership* o coamministrazione e del dovere di leale cooperazione (art. 287 T.F.U.E. e art. 140 Regolamento finanziario) (Picozza, 2009).

Dunque, un incentivo alle interazioni tra le Istituzioni Superiori in ambito europeo a fronte dell'ordinamento multilivello, che mira a consentire il coordinamento della finanza pubblica e maggiore fluidità nei rapporti tra le Corti, attraverso la previsione di una pianificazione e di una metodologia operativa comune.

Orbene, se la l. n. 20/1994, che, all'art. 3, co. 4, ha attribuito alla Corte dei conti il potere di accertamento sui fondi di derivazione europea; in ambito europeo con il documento redatto dal Comitato di contatto (riunitosi in Lussemburgo il 20-21 ottobre 1998) si è inteso «Migliorare la cooperazione tra la Corte dei conti Europea e le Istituzioni Superiori di Controllo Nazionali», così come recita la rubrica del medesimo atto.

In siffatto *corpus* sono stati dettati tutta una serie di principi diretti ad accrescere l'efficienza dei controlli vigenti attraverso l'eliminazione della duplicazione dell'attività di controllo (ai vari livelli della organizzazione burocratica) e la messa a punto di strumenti atti a contrastare le problematiche scaturenti dal coordinamento degli stessi. Tra questi si rammentino: la necessità di operare uno scambio in simbiosi dei programmi annuali e pluriennali di controllo con le indicazioni dei temi e dei luoghi di controllo; il miglioramento del coordinamento delle visite attraverso il ricorso agli agenti di collegamento; gli obblighi di informazione reciproca circa l'*an*, il *quando* e il *quomodo* delle verifiche da operarsi presso beneficiari localizzati in uno o più Stati membri.

6. Conclusioni

Dall'analisi condotta emerge in modo incontrovertibile come la funzione della Corte dei conti sia progressivamente cambiata nel corso degli ultimi 150 anni, seguendo un andamento sinusoidale che nell'attualità spinge verso una – seppur rinnovata – visione unificatrice delle funzioni ad essa affidate nel quadro del sistema multilivello.

Così, nell'ordinamento positivo, in ragione della compresenza di fenomeni quali la crisi economico-finanziaria, la necessità di sopperire ai *gap* attuativi del Titolo V e il coordinamento della finanza pubblica, al fine precipuo di garantire la tutela degli interessi finanziari della collettività si è consentito il mantenimento ed il potenziamento del ruolo della Corte.

Una magistratura contabile radicata nel simbiotico accorpamento delle funzioni del controllo e della giurisdizione, nonostante le opposte tendenze – ri-

maste solo su un piano di mera enunciazione – dei d.d.l. che ne avrebbero voluto la trasformazione in *authority* (Carosi, 2013: 544).

A contrario, deve registrarsi una tendenza che consente di intravedere, accanto ai nessi teorici di contiguità tra le funzioni, il progressivo delinearci di (*inter*)relazioni e di (*inter*)azioni che si snodano dal versante della *implementazione*, con l'obbligo di denuncia da parte degli organi preposti al controllo, a quello della *alternatività* dei rendiconti amministrativi con i conti giudiziari, e dell'*integrazione*, mediante l'irrogazione delle sanzioni in sede giurisdizionale.

Sino a giungere ad una vera e propria integrazione funzionale, realizzata con l'avvento delle *Sezioni Riunite della Corte dei conti in speciale composizione* e dei poteri di cognizione ad esse conferite dall'ordinamento, ai sensi dell'art. 243 *quater*, co. 5, d.lgs. n. 267/2000, introdotto dall'art. 3, co. 1, lett. r), d.lg. n. 174/2012¹³ (Police, 2015).

A ciò si aggiunga come la Corte, non solo si sia conservata nei passaggi nodali della storia istituzionale italiana, ma al contempo sia riuscita ad adeguarsi ai processi federalisti sia verso l'alto che verso il basso.

Così, sul versante europeo, deve registrarsi la diffusione della *best practice* dei Comitati di contatto, come rilevato in precedenza. Sempre in tal senso, con riguardo all'osservanza dei vincoli di carattere sovranazionale, specie quelli derivanti dai Trattati, la previsione di un controllo di legittimità-regolarità e più in generale dell'*audit* finanziario hanno ben inteso rispondere all'esigenza di consentire il rispetto dei parametri finanziari dell'Unione e dell'equilibrio dei bilanci pubblici, che concorrono alla formazione del conto consolidato¹⁴.

In una prospettiva d'insieme emerge come la Corte dei conti «Per la sua rilevanza costituzionale e le sue caratteristiche di indipendenza, autonomia, neutralità, status giurisdizionale e la sua posizione di terzietà [...] rappresenta l'Autorità che può dare al Parlamento, alle Istituzioni europee ed internazionali e, ultimi ma non meno importanti, ai mercati finanziari, la garanzia di credibilità di analisi, valutazioni e previsioni» (Giampaolino, 2013).

Questo legame inscindibile tra la necessità di rispettare le previsioni europee e contestualmente quelle interne in materia di contabilità pubblica impone ulteriormente di riflettere sul dato in forza del quale, nel lasso temporale che va tra il 1862 e il 1994 (anno di emanazione della l. n. 20/1994), il nostro ordinamento abbia recepito e conservato una concezione del controllo fondata prettamente sulla legittimità degli atti e sulla preordinazione rispetto all'efficacia dell'azione amministrativa.

Pertanto, sin dalla riforma Cassese e a tutt'oggi, con le recentissime novelle, la Corte ha assunto un rinnovato e diverso ruolo, al centro di una rete di controllo della finanza pubblica articolata per moduli e procedure distinte a secon-

da dei soggetti e delle attività da controllare e con una funzione sempre più consolidata sul versante del potere di intervento¹⁵.

In questo processo è dato rilevare come, dalla fine del secolo passato, abbia preso corpo una tendenza di segno opposto in forza della quale, in una proiezione di recepimento di tradizioni amministrative di origine anglosassone, ci si è spostati verso un controllo dalle vesti «collaborative» (Cassese, 1989).

Il ricorso a siffatta categoria di *audit*, considerata compatibile dalla Consulta con il novellato assetto costituzionale¹⁶, necessita però che la responsabilità del controllato dinanzi al controllante non sia assorbita dal circuito della responsabilità politica.

Orbene, preso atto dell'incapacità del nostro ordinamento di operare in tal senso e nel quadro di una progressiva centralizzazione delle decisioni di finanza pubblica, che caratterizza l'assetto ordinamentale post riforma costituzionale, il legislatore ha operato nel senso di un irrobustimento dei controlli finanziari sugli enti territoriali.

Gli *audits* hanno così assunto carattere cogente nei confronti dei destinatari, nel tentativo di prevenire o contrastare gestioni contabili non corrette, fonte di potenziale squilibrio del bilancio e di disfunzioni sul conto consolidato, per dare attuazione altresì ai nuovi obblighi di rango costituzionale, volti ad assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico (si veda la l. cost. 20.04.2012, n. 1) (Luciani, 2013).

Tenuto conto di ciò e nell'imprescindibile intento di prevenire squilibri di bilancio, i controlli della Corte sulle autonomie appaiono sempre più prossimi alla gestione dell'ente territoriale.

In simil prospettiva, la morfologia dei controlli e le possibili linee di intervento che si intravedono *de iure condendo* non possono prescindere dalle rinnovate esigenze sottese ad un sistema di contabilità pubblica permeato sul principio di equilibrio tendenziale. Un precetto dinamico della gestione finanziaria le cui fattezze, richiamando le parole della Consulta, rispondono alla «ricerca di un armonico e simmetrico bilanciamento tra risorse disponibili e spese necessarie per il perseguimento delle finalità pubbliche»¹⁷.

Note

- ¹ C. cost., 29.01.2005, n. 64.
- ² C. cost., 27.01.1995 n. 29.
- ³ C. cost., 17.01.1967, n. 1/1967.
- ⁴ In tale contesto, la Consulta ha aggiunto nella motivazione della medesima sentenza 12.01.1995, n. 29, che l'imputazione alla Corte dei conti, da parte della l. n. 20/1994, del controllo sulla gestione esercitabile anche nei confronti delle amministrazioni regionali non può essere considerata come l'attribuzione di un potere statale che si contrappone alle autonomie delle Regioni.
- ⁵ Istituiti con atto regolamentare della Corte dei conti adottato ai sensi dell'art. 4 della l. n. 20/1994 (*Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti*).
- ⁶ C. cost., 6.7.2006, n. 267.
- ⁷ C. cost., 20.7.2012, n. 198 in *Foro amm. CDS* 2012, 10: 2477, sulle funzioni della Corte dei conti, organo dello Stato-ordinamento (si vedano C. cost. 21.06.2006, n. 267 del 2006 e n. 29 del 1995), al fine della formazione di una visione unitaria della finanza pubblica, e della tutela dell'equilibrio finanziario e di osservanza del patto di stabilità interno. Si veda pure C. cost. 7.06.2007, n. 179.
- ⁸ C. cost., n. 267/2006 e n. 179/2007.
- ⁹ In tal senso, si veda il testo della Relazione di accompagnamento al decreto n. 174/2012.
- ¹⁰ *Ex multis*, si veda C. cost., n. 267/2006 e n. 179/2007.
- ¹¹ C. cost., 23.05.2007, n. 179.
- ¹² Si veda a titolo emblematico C. cost. 26.02.2014, n. 39.
- ¹³ Le Sezioni Unite hanno rimarcato come «dalle disposizioni di legge concernenti i ricorsi [...] previsti dall'art. 243-quater, comma 5, del d.lgs. n. 267/2000, introdotto dall'art. 3, comma 1, lett. r), del d.l. n. 174/2012, convertito nella legge n. 213/2012 [...] chiaramente si evince l'intento del legislatore di collegare strettamente, in questa materia, la funzione di controllo della Corte dei conti a quella giurisdizionale ad essa attribuita dal citato art. 103, secondo comma, della Costituzione» (Cass. civ. Sez. Unite, Ord., 13.03.2014, n. 5805).
- ¹⁴ C. cost., 16.12.2004, n. 425.
- ¹⁵ Art. 6 del d.lgs. n. 149/2011 sull'accertamento della situazione di dissesto degli enti locali.
- ¹⁶ C. cost., n. 179/2007.
- ¹⁷ C. cost., 21.10.2013, n. 250.

Riferimenti bibliografici

- Astegiano G. 2013, *I controlli della Corte dei conti nel 2013*, in *Azienditalia*, XX (8-9): 633 sgg.
- Azzariti G. 2009, *Cittadini, partiti e gruppi parlamentari: esiste ancora il divieto di mandato imperativo?*, in Associazione Italiana dei Costituzionalisti, *Partiti politici e società civile a sessant'anni dall'entrata in vigore della Costituzione*, Atti del XXIII Convegno annuale – Alessandria, 17-18 ottobre 2008, Jovene, Napoli.
- Bal I. 2002, *The single audit and its preconditions – governance, controls, accounting and audit*, Versteheren Workshop 2002 – *Single Audit in Europe?*, in <http://ec.europa.eu> (12/2016).
- Barettoni Arleri A. 1997, *Contabilità dello Stato e degli enti pubblici*, NIS, Roma.
- Bennati A. 1990, *Manuale di contabilità di Stato* (XII ed.), Jovene, Napoli.
- Berti G., Tumiati L. 1962, *Controlli amministrativi*, in *Enc. Dir.*, X, Giuffrè, Milano: 298 sgg.
- Buscema S. 1979, *Trattato di contabilità pubblica*, I, Giuffrè, Milano.
- Cammeo F. 1903, *La competenza della IV sezione sugli atti amministrativi dell'autorità non amministrative e la posizione costituzionale della Corte dei conti*, in *Giur. It.*, IV: 182 sgg.
- Cantucci M. 1958, *Il giudizio sui conti degli agenti contabili dello Stato*, Cedam, Padova.
- Carosi A. 2007, *Le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti e la legge n. 131/03*, in *I controlli sulle autonomie nel nuovo quadro istituzionale*, Atti del LII Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione, Varenna, 21-23 settembre 2006, Giuffrè, Milano.
- 2013, *La Corte dei conti nell'ordinamento italiano*, in *Dir. soc.*: 503 sgg.
- Cassese S. 1989, *L'inefficienza della pubblica amministrazione e i suoi costi*, in *Riv. it. sc. amm.*
- Cogliandro G. 2007a, *Legittimità: variazioni su tema tra sinonimia e polisemia*, Intervento presentato al LIII Convegno di studi amministrativi: *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, Varenna, 20-22 settembre 2007.
- 2007b, *I controlli nel sistema comunitario*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti, G. Greco, *Parte generale*, II, Giuffrè, Milano: 539 sgg.
- Dandeker C. 1990, *Surveillance, Power and Modernity*, Polity Press, Cambridge.
- De Gioannis Gianquinto G. 1864, *Nuovo Diritto amministrativo d'Italia*, Tip. Eredi Bizzoni, Pavia.
- Di Renzo F. 1955, *La finanza antica*, Giuffrè, Milano.
- Ferrari G. 1956, *Gli organi ausiliari*, Giuffrè, Milano.
- Festa G., Lillo F. 2006, *Il controllo preventivo di legittimità sugli atti amministrativi*, Halley Editrice, Matelica.
- Forti U. 1915, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. II, Parte II, Giuffrè, Milano: 608 sgg.

- Fracchia F. 2014, *La Corte dei conti tra funzione giurisdizionale, di controllo, di consulenza e di certificazione*, in *Il dir. dell'ec.*: 3 sgg.
- Ghisalberti C. 1962, *Corte dei conti (premessa storica)*, in *Enc. Dir.*, X, Giuffrè, Milano: 853 sgg.
- Giampaolino L. 2013, *Solidità e sostenibilità delle finanze pubbliche, debito pubblico e ruolo delle Istituzioni superiori di controllo*, in *Atti del XIV Global Working Group meeting*, Tokyo, 10-13 April 2013.
- Giannini M.S. 1974, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*: 1263 sgg.
- 1981, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Greco L. 1961, *Le attribuzioni giurisdizionali della Corte dei conti*, in *Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative e di unificazione*, I, Neri Pozza, Vicenza.
- Grossi P. 2012, *Introduzione al Novecento giuridico*, Laterza, Roma-Bari.
- Guccione V. 1990, *Il rapporto Corte dei conti-Parlamento: contributo ad una riflessione sulla funzione referente*, in *Riv. Corte dei conti*: 235 sgg.
- Höffe O. 2007, *La democrazia nell'era della globalizzazione*, il Mulino, Bologna.
- Laband P. 2007, *Il diritto del bilancio*, a cura di C. Forte, Giuffrè, Milano.
- Luciani M. 2013, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in *Astrid Rassegna*, 3: 1 sgg.
- Manganaro F. 2012, *Il principio di autonomia*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano: 259 sgg.
- Manna B. 1999, *Evoluzione dei controlli, adattamento agli Intosai auditing standards. Sistematica dei controlli. Il controllo di gestione in Italia*, in *Riv. Corte Conti*: 6 sgg.
- Mastropasqua N. 2012, *Giurisdizione e controlli sugli enti locali alla luce del vigente quadro normativo*, in *Il ruolo della Corte dei conti nella riforma degli enti locali e nell'attuazione del federalismo*, Giuffrè, Milano.
- Monorchio A., Mottura L.G. 2014, *Compendio di contabilità di Stato*, Cacucci, Bari.
- Morgante D. 2013, *I nuovi presidi della finanza regionale e il ruolo della Corte dei conti nel d.l. n. 174/2012*, in *Federalismi.it*, 1.
- Orlando V.E. 1900, *Introduzione al diritto amministrativo*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, I, Società Editrice Libreria, Milano.
- Picozza E. 2009, *L'influenza dei principi di diritto comunitario sulla Corte dei conti italiana, Relazione al Convegno sulla Corte dei conti in Europa, Istituto nazionale di cultura*, 17 novembre 2009, Bruxelles.
- 2010, *La Corte dei conti dopo il Trattato di Lisbona*, Intervento all'incontro presso la Corte dei conti Europea, 12 aprile 2010, Lussemburgo.
- Police A. 2015, *Le competenze delle Sezioni Riunite in speciale composizione, Relazione al Convegno di studi in memoria di Massimo Vari su La Corte dei conti fra controllo e giurisdizione: quale futuro in Europa?*, 1 luglio 2015.
- Rivosecchi G. 2007, *L'indirizzo politico finanziario tra Costituzione italiana e vincoli europei*, Cedam, Padova.

- Rolli R. 2008, *I caratteri "multilivello" del diritto amministrativo europeo*, in <<http://www.giustamm.it>>, 4.
- Romano S. 1968, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano.
- Santoro P. 2013, *Manuale di contabilità e finanza pubblica*, Maggioli, Rimini.
- Sciascia M&M. 1997, *Il controllo della corte dei conti sulle gestioni pubbliche in Italia e in Europa*, Giuffrè, Milano.
- Staderini F. 2000, *La Corte dei conti nel processo di riforma amministrativa*, in *Foro It.*, V.
- Tarasco A.L. 2012, *Corte dei conti ed effetti dei controlli amministrativi*, Cedam, Padova.
- Tigano F. 2008, *Corte dei conti e attività amministrativa*, Giappichelli, Torino.
- Weber M. 1995, *Economia e Società*, I, Edizioni di Comunità, Milano.
- Zambardi S. 2013, *Il lungo processo di decentramento delle funzioni di controllo e giurisdizionali della Corte dei conti*, in *Atti del convegno in memoria di Francesco Staderini*, Giuffrè, Milano: 77 sgg.

IL CONTROLLO DELLA BCE SULLE ECONOMIE NAZIONALI

Filippo Zatti

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. L'evoluzione del ruolo della BCE nella *governance* dell'Unione monetaria europea. Dal Trattato di Maastricht al Trattato di Lisbona, dopo la crisi finanziaria dei debiti sovrani. 3. L'inquadramento sotto il profilo giuridico degli strumenti 'non convenzionali' adottati dalla BCE. 4. La Banca centrale europea tra esigenze della sovranità monetaria e separato esercizio dei diritti di sovranità da parte degli Stati membri dell'area euro. 5. Il controllo della BCE sulle economie nazionali: dall'esercizio del 'solo' potere monetario al ruolo di *fiscal policy-maker* e di supervisore del sistema bancario.

1. Premessa

Storicamente, il rapporto tra banca centrale e potere esecutivo risulta emblematico del tipo di intervento nell'economia adottato dai pubblici poteri. Le ragioni che portano all'istituzione delle banche centrali, infatti, pur muovendo da esigenze di accentramento del governo della moneta, legate all'emissione di liquidità ed al finanziamento della spesa pubblica, non si esauriscono con l'esercizio in monopolio, nei limiti e alle condizioni poste dai singoli ordinamenti, del potere monetario, ma si accompagnano spesso ad obiettivi di politica pubblica ulteriori rispetto a quelli meramente monetari. A tal proposito, non sembra una casualità che le banche centrali siano state individuate come gli strumenti più idonei a garantire o a ripristinare la fiducia nella stabilità del sistema monetario fino, in taluni casi, ad essere chiamate a farsi promotrici dello sviluppo del sistema finanziario nazionale nonché a sostenere l'indirizzo politico attuato dall'esecutivo, anche attraverso obiettivi di natura extra-economica, come nel caso italiano, volti a favorire il processo di unificazione politica nazionale (Archer, 2009: 19).

I mutamenti intervenuti nel sistema monetario internazionale hanno creato le condizioni per un progressivo allargamento dello spazio di influenza politica ed economica affidato alle banche centrali che si sono viste attribuire sia compiti di vigilanza e regolamentazione del sistema bancario, e, talvolta, di quello finanziario, sia, seppure raramente, funzioni più propriamente riconducibili all'intervento diretto nell'economia (Predieri, 1996: 82). Questa poliedricità del ruolo assunto dalle banche centrali all'interno dei singoli ordinamenti può essere misurata attraverso l'adozione di due criteri tra loro correlati: il livello di discrezionalità e il grado di autonomia. La configurazione di un sistema europeo di banche centrali ha posto l'esigenza di unificare le funzioni delle banche centrali de-

gli Stati membri aderenti all'Unione monetaria europea. Sotto il profilo giuridico, tale esigenza si è tradotta nella limitazione della discrezionalità e nell'amplificazione dell'autonomia di esercizio della funzione monetaria, lasciando, in una prima fase, agli ordinamenti nazionali il compito di governare le residue diversità funzionali. La crisi finanziaria del 2007-2008 ha fatto emergere i limiti di quel modello istituzionale e creato le condizioni per un suo superamento. Se dagli anni settanta del XX secolo in poi la discrezionalità amministrativa delle banche centrali si è via via ridotta, gli effetti prodotti dalla crisi finanziaria del 2007-2008 hanno riaperto l'esigenza di una rinnovata estensione sia delle competenze delle banche centrali nella supervisione finanziaria sia degli obiettivi e dei gradi di libertà utilizzabili nella politica monetaria. Così come avvenuto in passato, ancora oggi si individua nella banca centrale lo strumento tecnico-amministrativo attraverso il quale intervenire laddove quello politico non possa o non riesca ad affrontare le crisi sistemiche e gli effetti da esse prodotti sull'economia reale. Nell'attuale assetto della *governance* economica e monetaria europea si pone, così, come non più rinviabile l'annosa questione della coesistenza di uno schema di sovranità multilivello con quello statale in cui ad una trasformazione della sovranità monetaria non ha fatto seguito quella fiscale e politica. Il mancato riallineamento delle sovranità in un assetto politico di tipo federale pone una serie di questioni giuridiche molto delicate sul ruolo assunto dalla Banca centrale europea, in particolare, a seguito della crisi finanziaria del 2007-2008. Questo lavoro, svolto all'interno della più ampia ricerca celebrativa del centocinquantenario delle leggi di unificazione amministrativa, e, in particolare, del gruppo di lavoro sull'intervento pubblico nell'economia, trova il suo *afflatus* nella convinzione formulata da Rossi e Spinelli nel Manifesto di Ventotene che «quel che soprattutto importa [...] non è di creare istituzioni sedicentemente perfette; ma istituzioni in cui si formino uomini desiderosi e interessati a svilupparle, come garanzia della loro libertà e come strumento della loro ascesa a forme più alte di vita individuale e collettiva».

2. L'evoluzione del ruolo della BCE nella governance dell'Unione monetaria europea. Dal Trattato di Maastricht al Trattato di Lisbona, dopo la crisi finanziaria dei debiti sovrani

La Banca centrale europea (d'ora in poi, BCE) è, tra le banche centrali, un'istituzione 'unica' (Lastra, 2012: 1260). Le ragioni della sua unicità sono sostanzialmente due. Innanzitutto, la BCE non è la banca centrale di uno Stato sovrano. In secondo luogo, le disposizioni normative che la governano e ne definiscono gli obiettivi ed i compiti si trovano essenzialmente nei Trattati. La ragione meno immediata, invece, riguarda il fatto che la BCE fa parte sia del Sistema

europeo di banche centrali (SEBC) sia dell'Eurosistema che sono costituiti, rispettivamente, dalle banche centrali degli Stati membri dell'Unione e dalle banche centrali degli Stati membri dell'Unione economica e monetaria.

In merito all'essere, la BCE, banca centrale di un metastato regionale (Predieri, 1998: 8), si consideri che la funzione monetaria viene affidata *ab origine* ad un sistema federale 'atipico' o, se si preferisce, anomalo poiché fondato, di fatto, sull'esercizio di una singola funzione sovrana (Ortino, 1990: 279). A questa specificità, poi, se ne aggiunge un'altra legata alla considerazione che, come accade spesso per le istituzioni destinate al governo dell'economia, gli obiettivi ed i compiti affidati alla BCE sono il frutto della visione economica dominante al tempo della sua istituzione. Con l'ulteriore rigidità, per la BCE, derivante dalla trasposizione nei Trattati delle fonti non solo di legittimazione ma anche di individuazione dei propri compiti fondamentali, vale a dire, la definizione e l'attuazione della politica monetaria dell'Unione; lo svolgimento delle operazioni sui cambi; la detenzione e la gestione delle riserve ufficiali in valuta estera degli Stati membri; e la promozione del regolare funzionamento dei sistemi di pagamento. Tali compiti fondamentali dovrebbero essere assolti tramite il SEBC. Tuttavia, l'art. 282.1 T.F.U.E. prevede che la politica monetaria dell'Unione sia 'condotta' dall'Eurosistema, specificando, poi, che «gli Stati membri la cui moneta non è l'euro e le rispettive banche centrali conservano le loro competenze nel settore monetario». Il che significa, di fatto, un governo della moneta attuato secondo due diversi schemi istituzionali in relazione al mantenimento, o meno, della sovranità monetaria: da un lato, uno schema che si rifa a quello, per così dire, tipico, Governo-banca centrale e, dall'altro, uno, atipico, o, se vogliamo tipizzante le Unioni meramente monetarie, in cui manca il decisore politico. Infatti, «non esistono nell'Eurosistema organi titolari di poteri politici identici o analoghi a quelli di cui gli Stati membri si sono privati. Nell'area delle decisioni fondamentali i poteri politici sono stati semplicemente soppressi» (Guarino, 2006: 8).

Secondo questo schema istituzionale tecnocratico, in luogo delle decisioni politiche «da prendere caso per caso, anche quando non sono prive di effetti rilevanti sulla vita economica e sociale dei popoli europei, vi sono le regole e i principi rigidi del trattato da rispettare, sempre e comunque» (Santa Maria, 2008: 290). Quella che per taluni è una virtù, ovvero la neutralizzazione della politica dall'indirizzo monetario, emblemizzata nel principio di indipendenza della BCE garantito dai Trattati (Wyplosz, 2007), per altri, invece, costituisce un vincolo di rigidità (Antonucci, 2003; Antoniazzi, 2013: 2). Non tanto per l'obiettivo della stabilità dei prezzi, condiviso con le banche centrali di Paesi extra Unione monetaria europea, né per l'interpretazione 'quantitativa' di tale vincolo, individuata dalla BCE in un aumento «inferiore, ma vicino, al 2% nel medio

termine» (ECB, 2011b: 64); quanto, piuttosto, per la problematicità dell'interpretazione giuridica che deriva dal far precedere tale obiettivo a quello del sostentimento delle «politiche economiche generali nell'Unione al fine di contribuire alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione definiti nell'articolo 3 del trattato sull'Unione europea»¹. Come noto, il fondamento che sottende tale disposizione deriva dalla teoria ordoliberalista che, contraria, in generale, a forme di intervento nell'economia, rifiuta l'idea che sia le politiche monetarie sia quelle espansive di bilancio possano essere efficaci a stabilizzare il ciclo economico, anche nel caso di una grave crisi finanziaria (Dullen, Guérot, 2012: 2). Il richiamo all'art. 3 del T.U.E. da parte dell'art. 127 T.F.U.E. crea un'ambiguità interpretativa tra la concezione di banca centrale fornita dalla teoria monetarista-neoclassica, secondo la quale l'indipendenza della banca centrale dovrebbe facilitare una politica anti-inflattiva e, allo stesso tempo, favorire nel medio termine la crescita economica; e quella della teoria keynesiana, che muove dal presupposto della 'responsabilità democratica' della banca centrale per affermare la legittimità del controllo della politica monetaria da parte dei Governi al fine di perseguire la piena occupazione, un miglioramento degli standard di vita, la solidarietà sociale ed una crescita economica sostenuta (Baroncelli, 2014: 128-129). Tale ambiguità, tuttavia, non la si riscontra soltanto nel SEBC ma anche per le banche centrali di Paesi extra Unione come accade, ad esempio, per la definizione degli obiettivi di politica monetaria previsti dal *Federal Reserve Act* per la banca centrale degli Stati Uniti d'America. La questione, seppur con delle distinzioni, è posta in modo rovesciato rispetto allo schema delineato dall'art. 127.1 T.F.U.E. per il SEBC. Alla *Section 2A* si legge: «il Consiglio dei Governatori della Federal Reserve e il Comitato federale del mercato aperto dovranno mantenere una crescita di lungo periodo degli aggregati monetari e creditizi commisurata all'incremento potenziale della produzione di lungo termine dell'economia, così da promuovere efficacemente gli obiettivi della piena occupazione, di prezzi stabili e di tassi di interesse ragionevoli nel lungo termine»².

In un caso, quello della BCE, è preminente il mantenimento della stabilità dei prezzi. Nell'altro, quello della Federal Reserve, sembra prevalere una concezione della politica monetaria orientata all'obiettivo macroeconomico della crescita come, tra l'altro, testimoniato indirettamente da ricerche empiriche realizzate in merito (Selgin *et al.*, 2010: 3).

La distinta interpretazione degli obiettivi della politica monetaria nei rispettivi ordinamenti non ha, tuttavia, impedito che la Federal Reserve, prima, e la BCE, poi, attivassero politiche 'non convenzionali' per far fronte alle conseguenze economiche provocate dalla crisi finanziaria del 2007-2008. La motivazione economica per l'attivazione di tali politiche risiede nella considerazione che, durante le crisi finanziarie, l'implementazione della politica monetaria ri-

sulta essere un esercizio molto più complesso dal momento che il meccanismo di trasmissione può essere severamente danneggiato dalle ‘interruzioni’ createsi nei mercati finanziari. In questi casi, agli strumenti convenzionali della politica monetaria si aggiungono quelli non convenzionali ai quali le banche centrali solitamente si affidano per riprendere il controllo degli obiettivi macroeconomici ad esse affidati. Non vi è condivisione tra gli economisti sulla definizione delle misure non convenzionali di politica monetaria (Borio, Piti, 2009). Tale aspetto non è influente ai fini dell’inquadramento giuridico di queste operazioni, in particolare, laddove il mandato di una banca centrale, come nel caso della BCE, sia formalmente limitato, nella sua discrezionalità, dal quadro normativo di riferimento e dalla contraddistintiva atipicità istituzionale. La valutazione della legittimità giuridica delle operazioni di politica monetaria non convenzionali poste in essere dalla BCE è uno degli indicatori di questa atipicità. D’altronde, soltanto per effetto della crisi finanziaria del 2007-2008, la BCE ha occupato gli spazi di intervento economico tipicamente utilizzati dalle ‘moderne’ banche centrali per garantire l’obiettivo della stabilità finanziaria. Obiettivo, che, in una prima fase, era stato lasciato alla sostanziale responsabilità delle competenti autorità nazionali³. Tale scelta era stata giustificata dal fatto che la funzione di prestatore di ultima istanza, strumento, come noto, al quale le banche centrali fanno ricorso per contrastare le turbolenze provocate sui mercati dalle crisi finanziarie, non era in quella fase trasferibile a livello dell’Unione in assenza di una sovranità finanziaria europea. L’esigenza, tuttavia, si era già mostrata imprescindibile tanto che la BCE, di propria iniziativa, aveva promosso la stipulazione di appositi *Memorandum of Understanding* per coordinare, in caso di crisi transfrontaliera, l’intervento delle banche centrali nazionali e delle autorità di vigilanza (Monaci, 2008: 229). Con la crisi dei debiti sovrani, la BCE viene a svolgere un ruolo, comunque lo si consideri⁴, di prestatore di ultima istanza (Buter, Rahbari, 2012), nei confronti del mercato finanziario, degli Stati, delle banche, e, finanche, del Meccanismo europeo di stabilità (d’ora in poi, MES) i cui titoli possono essere consegnati alla BCE a garanzia.

Il proliferare degli strumenti non convenzionali adottati dalla BCE testimonia del ruolo che, pur in presenza del MES, essa è venuta ad assumere in funzione del vincolo introdotto dall’art. 125 T.F.U.E. al fine di scoraggiare la realizzazione di pratiche di *moral hazard* da parte dei Governi dell’Unione (c.d. *no-bail clause*). L’istituzione del MES, il ripensamento del Patto di Stabilità e crescita e della disciplina di bilancio a livello europeo e statale (per effetto del Trattato sulla stabilità, coordinamento e *governance* nell’Unione economica e monetaria e dell’adozione dei c.d. *Six pack* e *Two pack*), il rafforzamento del coordinamento delle politiche economiche (con l’introduzione del semestre europeo e la creazione dell’Eurosummit), non hanno impedito alla BCE di assumere un ruolo

istituzionale più rilevante di quello delineato in origine dai Trattati. In effetti, «nella situazione di crisi, aggravata dall'approccio emergenziale con cui si studiavano e introducevano nuovi strumenti di intervento, si è inserita la BCE, la prima banca centrale a doversi confrontare con un antecedente logico rispetto alle proprie scelte di politica monetaria: assicurarsi che la moneta che gestiva continuasse ad esistere. In questo quadro, evitare il *default* degli Stati membri si poneva come un imperativo categorico» (Cafaro, 2013: 55). Lo stesso Presidente della BCE, riferendosi alla metafora del calabrone e dell'ape, dà conferma del 'nuovo' ruolo istituzionale che la BCE è venuta a ricoprire dopo la crisi dei debiti sovrani, spingendosi ad affermare che «I do not think that we are unbiased observers, we think that euro is irreversible» e che «[...] within our mandate, the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro. And believe me, it will be enough»⁵. Non casualmente, in quello stesso discorso, il Presidente della BCE ricorda come l'Europa sia fondata «on four building blocks: a fiscal union, a financial union, an economic union and a political union. These blocks, in two words mean that much more of what is national sovereignty is going to be exercised at supranational level, that common fiscal rules will bind government actions on the fiscal side».

Questa affermazione assume particolare significato poiché fuoriesce dagli ambiti di competenza di un Presidente di una banca centrale, anche di una banca centrale a presidio di un'unione monetaria che si pone come obiettivo, seppur non formalizzabile giuridicamente, l'irreversibilità dell'euro.

Stante gli artt. 4 e 5 T.U.E., un seppur minimo spazio residua in capo ai singoli Stati nazionali quando si tratta di decidere sulle possibili forme di cessione della sovranità politica. Tuttavia, se tale spazio di discrezionalità politica è formalmente percorribile, di fatto, subisce un restringimento in relazione alla gravità della situazione economico-finanziaria degli Stati membri (Cecchini, 2012: 122). Ne nasce un'evidente questione di democraticità legata, da un lato, alle modalità di intervento su decisioni politiche ancora inerenti la sfera della sovranità statale, e, dall'altro, alla legittimità dei poteri adottati dai soggetti che intervengono nella contrattazione di tali decisioni (Craig, 2014: 39). Si viene a creare un intreccio anomalo, in cui, secondo i Trattati, la BCE è indipendente dal potere politico ma, viceversa, il potere politico non è indipendente dalla BCE. La BCE esercita, di fatto, sulle economie nazionali forme di controllo ulteriori rispetto a quelle attivabili per l'esercizio del potere monetario. La BCE si fa promotrice di forme, per così dire, di pressione sui Governi degli Stati membri dell'area euro al fine dell'adozione di riforme strutturali che, riducendo la divergenza tra le economie degli Stati membri, non avrebbero implicazioni dirette soltanto sull'obiettivo della stabilità dei prezzi ma sarebbero rilevanti anche al fine di garantire l'integrità dell'euro. La richiesta di riforme struttu-

rali agli Stati membri da parte della BCE, comunque, non nasce con la crisi dei debiti sovrani dell'area euro. Come precisa il Presidente della BCE⁶, quello delle riforme strutturali è un tema caro anche ai suoi predecessori e ai componenti del Comitato esecutivo della BCE: «The term “structural reforms” is actually mentioned in approximately one third of all speeches by various members of the ECB Executive Board». Dunque, il criterio dell'omogeneità strutturale delle economie nazionali dovrebbe essere considerato alla stregua dei criteri adottati dall'Unione per sindacare l'accesso di uno Stato ad essa. Tali criteri, definiti in gran parte nel Consiglio europeo di Copenaghen del 1993, prevedono, tra gli altri, la capacità di implementare efficacemente gli obblighi derivanti dall'essere Stato membro dell'Unione, inclusa l'adesione agli scopi dell'unione politica, economica e monetaria. Tuttavia, si tratta di criteri molto vaghi, più funzionali all'allargamento dell'Unione che alla costruzione di quell'omogeneità politica, economica e monetaria che è presupposto irrinunciabile per garantire la stabilità dell'Unione stessa. E per la quale un *enforcement* efficace delle leggi e delle politiche europee costituirebbe senz'altro un elemento di garanzia dell'omogeneità (Rezler, 2011: 411). Il modello di *enforcement* adottato, invece, è basato ancora sostanzialmente sulla contrattazione delle misure di politica economica tra autorità europee e Stati membri in cui la BCE ha assunto, come vedremo, un ruolo di regia, di *policy maker*. La BCE è passata così dall'interazione con i Governi, nell'ambito dell'esercizio della funzione monetaria, ad un intervento, diretto e indiretto, sulle politiche economiche adottate dagli Stati membri (Cafaro, 2013: 65). Qualora uno Stato membro dell'area euro sia costretto a richiedere assistenza finanziaria, la BCE, insieme alla Commissione europea e al Fondo Monetario Internazionale (d'ora in poi, FMI), viene a svolgere un ulteriore compito non affidatole, se non indirettamente, dai trattati⁷: la negoziazione del programma di aggiustamento macroeconomico, accettato dallo Stato membro sottoscrivendo un *Memorandum of Understanding* (Papadopoulou, 2014: 230), il monitoraggio della sua implementazione, nonché la funzione di 'agente di pagamento' (European Central Bank, 2011a: 76). Questi compiti sono considerati legittimi dalla Corte di Giustizia poiché con «le sue funzioni nell'ambito del Trattato MES, la BCE sostiene le politiche economiche dell'Unione»⁸. La legittimità, tuttavia, si scontra con la mancanza di trasparenza, poiché la BCE, a differenza della Commissione europea e del FMI, non rende pubblica la documentazione relativa alle valutazioni e al monitoraggio del programma di aggiustamento. E anche con il rischio di un conflitto di interessi che nasce dal duplice ruolo della BCE quale autorità monetaria dell'Unione e, al contempo, quale 'consulente' di un Governo di uno Stato membro dell'area euro nel quadro di un programma condizionale di aggiustamento macroeconomico (Pisani-Ferry *et al.*, 2013: 110). Il perseguimento di interessi diversi da quel-

li propriamente affidati alla BCE dai Trattati potrebbe causare un corto circuito istituzionale. Si pensi, ad esempio, alla necessità del sistema bancario di uno Stato membro dell'area euro richiedente assistenza finanziaria di far affidamento sull'erogazione di liquidità da parte della BCE sia per far fronte alle ordinarie esigenze operative sia per sottrarsi al rischio di insolvenza. La BCE potrebbe essere tentata, da un lato, di minimizzare gli interventi di erogazione della liquidità, costituendo questi ultimi un rischio potenziale per il proprio bilancio, e, dall'altro, invece, comportandosi come farebbe qualsiasi altra banca centrale interessata al buon esito del programma, potrebbe adottare una politica monetaria più accomodante. E ciò secondo un profilo di discrezionalità estraneo allo spirito e, direi, finanche alla lettera dei Trattati. Si consideri, inoltre, che la naturale estensione alla BCE di quello che, dopo la politica monetaria e l'erogazione di liquidità, è considerato il terzo strumento di intervento per le banche centrali, ovvero la supervisione del sistema bancario e, più, in generale, del sistema finanziario (Bernanke Ben, 2014: 13-15), rischia di aumentarne il grado di 'politicizzazione' (Cafaro, 2013: 58). L'Unione bancaria concepita sui tre pilastri del meccanismo unico di vigilanza, del meccanismo unico di risoluzione per le banche e del sistema di garanzia dei depositi creati intorno alla BCE, rischia di mettere in pericolo la tenuta del principio di indipendenza sul quale essa stessa è stata fondata. Tra i considerando del regolamento che attribuisce alla BCE compiti specifici in merito alle politiche in materia di vigilanza prudenziale degli enti creditizi⁹ si legge: «per assolvere efficacemente i suoi compiti di vigilanza, la BCE dovrebbe esercitare i compiti di vigilanza attribuiti in piena indipendenza, in particolare libera da indebite influenze politiche e da qualsiasi ingerenza degli operatori del settore, che potrebbero comprometterne l'indipendenza operativa»¹⁰.

Al principio di indipendenza è dedicata una specifica norma del regolamento sopra citato¹¹. Così come al problema della separazione tra politica monetaria e vigilanza prudenziale: l'art. 25, nel disporre che la «BCE assolve i compiti attribuiti [...] senza recare pregiudizio ai compiti di politica monetaria e a qualsiasi altro compito e separandoli da questi ultimi», prevede l'istituzione di un gruppo di esperti di mediazione avente il compito di risolvere le divergenze dei pareri espressi dalle autorità competenti degli Stati membri partecipanti interessati in ordine ad una obiezione del consiglio direttivo a un progetto di decisione del consiglio di vigilanza, pur non essendo tali pareri vincolanti¹². Il regolamento prevede poi l'assolvimento di compiti di vigilanza prudenziale da parte della BCE nel quadro del Sistema europeo di vigilanza finanziaria e in stretta cooperazione con le autorità di vigilanza nazionali e l'Autorità bancaria europea; la responsabilità della BCE per i compiti ad essa attribuiti dinanzi al Parlamento europeo, al Consiglio dell'UE e all'Eurogruppo; il rafforzamento

del ruolo dei Parlamenti nazionali, da un lato, con l'introduzione dell'obbligo per la BCE di inviare relazioni al Parlamento europeo e al Consiglio dell'UE, e, dall'altro, con la possibilità per i Parlamenti nazionali di indirizzare osservazioni o quesiti alla BCE in merito all'assolvimento dei compiti di vigilanza, nonché di invitare il presidente o un membro del consiglio di vigilanza a partecipare a uno scambio di opinioni insieme ad un rappresentante dell'autorità nazionale competente (Cerrina Feroni, 2014: 13). La previsione di una norma *ad hoc* riguardo all'*accountability* della BCE nell'attuazione dei propri compiti di vigilanza, sia nei confronti del Parlamento europeo, sia nei confronti dei Parlamenti nazionali degli Stati partecipanti all'Unione bancaria, consistente anche nella possibilità di porre quesiti su specifiche attività di vigilanza «può porre qualche perplessità a chi ragiona secondo gli schemi classici delle autorità indipendenti e della responsabilità politica: di fatto significa sottoporre ad una valutazione politica l'attività svolta da un organo tecnico» (Pisaneschi, 2014: 9).

Tant'è che può essere operazione complessa quella dell'individuazione del giusto bilanciamento tra indipendenza dell'autorità e sua 'responsabilità democratica' (Zatti, 2012). Gli inediti meccanismi di raccordo tra BCE e Parlamento europeo e tra BCE e Parlamenti nazionali, derivano «[...] da un percorso segnato dall'evolversi della crisi e dalla necessità, per le istituzioni rappresentative dell'Unione, di bilanciare in qualche modo la perdita di sovranità derivante dall'abbandono della vigilanza bancaria domestica. Il modello che ne fuoriesce è spurio: presenta ovviamente aspetti tipici delle autorità indipendenti ma per altri aspetti se ne allontana significativamente» (Pisaneschi, 2014: 10-11) comportando per la BCE il rischio di una perdita di legittimazione, di autorevolezza e di credibilità e, contestualmente, la fuoriuscita dal modello amministrativo sul quale era stata istituita.

3. *L'inquadramento giuridico degli strumenti 'non convenzionali' adottati dalla BCE*

Come detto, dal punto di vista economico, non esiste una definizione condivisa di strumenti non convenzionali di politica monetaria. Nel sito web della BCE, nella parte dedicata alle decisioni di politica monetaria, si indicano come non convenzionali una serie di strumenti che, introdotti successivamente all'esito della crisi finanziaria del 2007-2008, «[...] sono senza precedenti in relazione alla loro natura, al loro ambito di applicazione e alla loro dimensione allo scopo di salvaguardare l'obiettivo primario della stabilità dei prezzi ed assicurare un appropriato meccanismo di trasmissione della politica monetaria» (European Central Bank, n.d.).

In una pubblicazione della BCE, gli autori, pur non rappresentando l'opinione dell'autorità monetaria europea, insistono sul fatto che, per l'autorità monetaria europea, le misure non convenzionali debbano essere considerate come

complementari piuttosto che sostitutive di quelle standard adottate sui tassi di interesse (Cour-Thimann, Winkler, 2013). E giustificano tale interpretazione ricorrendo all'esempio della Federal Reserve, della Banca d'Inghilterra e della Banca del Canada che, invece, adottano misure non convenzionali di politica monetaria, centrate sugli acquisti definitivi di attività finanziarie, come sostitutive di quelle basate sulle decisioni sui tassi di interesse in quanto aventi l'obiettivo di stimolare la crescita economica e mitigare le pressioni deflazionistiche nel momento in cui la politica sui tassi di interesse non risulta essere più efficace. In questo caso, l'uso degli strumenti di politica monetaria non convenzionali, dunque, rientra senz'altro tra quelli di politica economica. Come noto, tra queste misure non convenzionali, l'OMT (*Outright Monetary Transactions* o Operazioni monetarie dirette) è stata oggetto di pronuncia da parte della Corte costituzionale federale tedesca che, configurando dubbi sulla legittimità di tali strumenti sia in base al diritto costituzionale tedesco sia in base al diritto dell'Unione europea, ha fatto un rinvio pregiudiziale, *ex art. 267 T.F.U.E.*, alla Corte di Giustizia¹³. La Corte di giustizia si è pronunciata per la legittimità di tali operazioni¹⁴. Ma lo ha fatto, come si è osservato, adottando il modello del c.d. 'sindacato debole' sugli atti delle autorità economiche (Pisaneschi, 2015: 8). In funzione di questo modello il controllo giurisdizionale degli atti delle istituzioni dell'Unione è finalizzato, sulla base dell'interpretazione del principio di proporzionalità fornito dalla consolidata giurisprudenza della Corte, alla verifica della loro idoneità alla realizzazione dei «legittimi obiettivi perseguiti dalla normativa [...] [che, N.d.A.] non eccedano i limiti di quanto è necessario per raggiungere questi obiettivi»¹⁵. Pertanto, secondo la Corte, quando il SEBC è chiamato ad elaborare ed attuare un programma di operazioni di mercato aperto, compiendo scelte di natura tecnica ed effettuando previsioni e valutazioni complesse, «occorre riconoscergli [...] un ampio potere discrezionale»¹⁶. Le scelte di politica monetaria sono tra quegli atti [...] per i quali bisogna riconoscere che la discrezionalità tecnica viene esercitata ad un livello tale che il sindacato giurisdizionale costituisce o un simulacro della giurisdizione o uno strumento di dissenso politico rispetto alla scelta posta in essere (e quindi in entrambi i casi non utile)» (Pisaneschi, 2015: 9).

Si coglie la delicatezza di una pur legittima rimessione al sindacato della Corte di atti di politica monetaria sui quali essa «non ha né gli strumenti per incidere, né, alla fine, è opportuno che possa incidere» (Pisaneschi, 2015: 8). Sulle valutazioni effettuate dalla BCE, ovvero sui presupposti della situazione economica e sulle conseguenze delle OMT, «la Corte si limita a valutare la non esistenza di “manifesti errori di valutazione”» o che il programma non vada «manifestamente oltre quanto è necessario per raggiungere [...] [gli, N.d.A.] obiettivi» (Pisaneschi, 2015: 8).

La sentenza appena richiamata, nel conferire legittimità agli atti sinora posti in essere dalla BCE fa emergere l'opportunità politica di una revisione dei Trattati e dello statuto SEBC che riallinei il quadro normativo alle mutate esigenze di *governance* economica e monetaria. Non può essere il giudice a stabilire quale sia la funzione che la BCE svolge nel momento in cui fa uso degli strumenti di politica monetaria. Con l'occasione di una riforma della BCE potrebbe essere sciolto il nodo della funzione di prestatrice di ultima istanza superando l'originaria *constructive ambiguity* (Lastra, 2000; Vella, 2002) e, con essa, la rigidità istituzionale che subordina il sostegno delle politiche economiche all'obiettivo principale della stabilità dei prezzi. Tanto che la Corte, nella sentenza in parola, dopo aver ribadito che, per rientrare nell'ambito della politica monetaria, uno strumento adottabile dalla BCE debba perseguire specificamente l'obiettivo principale del mantenimento della stabilità dei prezzi, assumere la veste di uno degli strumenti di politica monetaria espressamente previsti dallo Statuto della BCE¹⁷ e non essere in contrasto con le esigenze imperative della disciplina di bilancio e della non corresponsabilità, conclude che mentre «[...] un programma come quello controverso nei procedimenti principali può essere attuato soltanto nella misura necessaria al mantenimento della stabilità dei prezzi, l'intervento del MES mira invece a preservare la stabilità della zona euro, obiettivo quest'ultimo che non rientra nella politica monetaria»¹⁸.

Dunque, per la Corte, la stabilità finanziaria non rientra tra i compiti affidati alla BCE. L'interpretazione data dal giudice europeo non sembra considerare la contiguità delle due funzioni, stabilità monetaria e stabilità finanziaria (Hofmann, 2015: 4). Anche tra gli economisti di estrazione ordoliberalista molti ormai accettano che rientri nel mandato di una banca centrale svolgere la funzione di prestatrice di ultima istanza. La particolarità è che, con l'OMT, la BCE interviene nei confronti dei Governi nazionali e dei mercati dei titoli di Stato e obbligazionari. Se sotto il profilo economico si pone, dunque, il problema dell'efficacia di tali misure (Winkler, 2014: 43), dal punto di vista giuridico ci si scontra con il dettato dell'art. 123.1 T.F.U.E. Il Consiglio direttivo della BCE, a maggioranza, ritiene che l'acquisto di titoli di Stato sul mercato secondario sia legittimo se, tali acquisti, non aggirano gli obiettivi del divieto stesso secondo quanto disposto dal Regolamento n. 3603/93 del Consiglio¹⁹. Esprimendosi sulla conformità delle OMT al divieto di finanziamento monetario, infatti, la BCE assicura che tali operazioni siano legittime e rientrino tra gli strumenti di politica monetaria qualora salvaguardino «l'obiettivo primario della stabilità dei prezzi, l'indipendenza della banca centrale e la disciplina di bilancio» (European Central Bank, 2012: 7). Ma, poi, nell'affermare come tale politica non incida sulle norme europee poste a garanzia della disciplina di bilancio, la BCE chiarisce che l'efficacia di tali operazioni «[...] è connessa alla debita e tempestiva adozione da parte

dei paesi di provvedimenti macroeconomici, strutturali, di bilancio e finanziari per ripristinare e preservare le variabili macroeconomiche fondamentali. La conduzione di OTM da parte dell'Eurosistema nel mercato delle obbligazioni sovrane di un paese si basa quindi sull'osservanza degli impegni e delle scadenze assunti da quest'ultimo ai sensi del quadro per la *governance* economica vigente nell'area dell'euro» (ECB, 2012: 8-9).

Tali operazioni monetarie, dunque, in questo schema dualistico, non possono prescindere dall'osservanza di condizioni connesse ad un adeguato programma del MES, che preveda fra l'altro la possibilità, per quest'ultimo, di effettuare acquisti nel mercato primario, coinvolgendo il FMI. In entrambi i casi, sia che l'acquisto di titoli di Stato venga effettuato dalla BCE sul mercato secondario sia che avvenga sul mercato primario da parte del MES, ci troviamo di fronte a rischi finanziari potenziali per la BCE ed il MES e al problema, politico, prima ancora che giuridico, della loro ripartizione tra gli Stati membri dell'Unione monetaria. I Trattati, prevedendo l'inserimento di norme come quelle poste dagli articoli 123, 124 e 125 T.F.U.E., si pongono l'obiettivo di disinnescare le conseguenze non solo finanziarie ma anche politiche che gli effetti prodotti da tali rischi potrebbero avere. Non è casuale che la BCE tenga a specificare che «qualsiasi acquisto di obbligazioni emesse [...] avrà per oggetto strumenti con scadenze comprese fra un anno e tre anni» (ECB, 2012: 9). Al di là delle ragioni giuridiche apportate a giustificazione della propria azione, volte a far rientrare le OMT tra le operazioni legittimamente attuabili dalla BCE per garantire la stabilità dei prezzi, e della motivazione economica, legata alla brevità dell'orizzonte temporale tale da metterne in risalto il legame con la politica monetaria tradizionale (ECB, 2012: 8), occorre considerare che tali operazioni, si confrontano non soltanto con il rischio di illiquidità ma anche con il rischio di insolvenza degli attori coinvolti. E, quindi, non possono che essere operazioni effettuate da un prestatore di ultima istanza. Il rischio di insolvenza, anche quando sia assistito da forme di garanzia, è inquadrabile in quello sopportato dalla politica di bilancio e non dalla politica monetaria. E non è da confondersi con il rischio di perdite richiamato dall'art. 33 dello Statuto della BCE che introduce una regola di ripartizione di tali oneri, unitamente a quella degli eventuali profitti, concepita per le operazioni convenzionali di politica monetaria. Dunque, se il MES, nello svolgere la funzione di prestatore di ultima istanza sul mercato primario, non oltrepassa le proprie competenze, non si può affermare con altrettanta certezza lo stesso per la BCE (Sinn, 2014: 14). Di qui, l'esigenza di garantire l'intervento della BCE condizionandolo all'adozione di riforme strutturali da parte dei Paesi beneficiari del prestito di ultima istanza ed al rispetto di una serie di requisiti tecnico-operativi volti a limitare la rischiosità delle operazioni poste in essere. Se, in una prima fase, il silenzio dei Trattati sulla possibilità della BCE

di esercitare la funzione di prestatrice di ultima istanza era interpretabile come la scelta del legislatore di adottare una 'ambiguità costruttiva', oggi, emerge evidente l'assenza di un governo comune dell'area euro che sia democraticamente legittimato a sostenere gli oneri potenzialmente derivanti dai rischi associati all'attività di prestatrice di ultima istanza svolta dalla BCE (Winkler, 2014: 43).

4. La BCE tra le esigenze della sovranità monetaria e il separato esercizio dei diritti di sovranità da parte degli Stati membri dell'area euro

Il Presidente della BCE ha sostenuto che «gli Stati membri dovrebbero essere un *Schicksalsgemeinschaft* e avrebbero bisogno di più forti basi democratiche comuni»²⁰. E ancora: «l'euro fu lanciato come una moneta senza uno stato per preservare la sovranità e la diversità degli Stati membri». Il Presidente della BCE, inoltre, nel dare atto che gli eventi che si sono succeduti dopo la crisi finanziaria del 2007-2008 hanno manifestato l'inadeguatezza dell'assetto istituzionale delineato dal Trattato di Maastricht, auspica che «la sovranità in selezionati campi della politica economica possa e debba essere condivisa e la legittimazione democratica aumentata». Per concludere: «La BCE non è una istituzione politica. [...] Le banconote che emettiamo portano con sé la bandiera dell'Unione europea e sono un potente simbolo dell'identità europea». L'ordinanza di rinvio con la quale la Corte costituzionale federale tedesca ha chiesto il pronunciamento pregiudiziale della Corte europea di giustizia ha posto, indirettamente, il problema dei limiti alla condivisione tra gli Stati membri dell'Unione monetaria della sovranità finanziaria ed economica. Tale richiesta di pronunciamento appare, per il tono usato, piuttosto anomala tanto che nell'editoriale apparso sul numero di aprile 2015 della *European Law Review* è stata definita come un'ordinanza *conflict-seeking*. L'anomalia sta nel fatto che la Corte costituzionale federale tedesca nel chiedere il pronunciamento della Corte di giustizia si è riservata, comunque, di procedere ad effettuare un controllo *ultra vires* e un controllo di 'identità costituzionale' sul mandato svolto dalla BCE. Tuttavia, nella decisione adottata il 21 giugno 2016, la Corte costituzionale federale tedesca ha formalmente accolto le conclusioni della Corte di Giustizia dell'Unione europea precisando comunque una serie di condizioni alla luce delle quali verificare di volta in volta la legittimità delle OMT (De Petris, 2016: 5-6).

Se la Corte costituzionale federale tedesca non avesse tenuto conto del riparto di prerogative espresso nella sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea del 16 giugno 2015²¹, la banca centrale tedesca si sarebbe trovata nell'imbarazzo di scegliere se attuare o meno la politica adottata dall'Eurosistema e la BCE avrebbe potuto chiamare in giudizio la *Deutsche Bundesbank* attivando la procedura prevista dall'art. 35.6 dello Statuto SEBC/BCE. Come ha rilevato

nelle conclusioni l'Avvocato generale della Corte di Giustizia, una situazione di conflitto fra le due Corti avrebbe potuto causare «una rottura del “patto costituzionale” europeo soggiacente al processo di integrazione»²². Anche per questa ragione, la domanda di pronuncia pregiudiziale della Corte costituzionale federale tedesca è stata oggetto di molte critiche sia da parte di economisti che di giuristi (Siekmann, 2015: 12). Non manca chi vede nella pronuncia della Corte di Giustizia e in quella della Corte costituzionale federale tedesca un'opportunità istituzionale per superare l'ambiguità attualmente esistente tra convergenza della sovranità monetaria e divergenza dell'esercizio dei diritti di sovranità da parte degli Stati membri dell'area euro. Un'Unione monetaria incompleta crea rischi non soltanto di natura finanziaria. La crisi dei debiti sovrani ha fatto emergere la divaricazione preesistente all'interno del Trattato di Maastricht e, acuita, con quello di Lisbona, tra sovranità e democraticità. Come si evidenzia nella Comunicazione della Commissione europea denominata *Piano per un'Unione economica monetaria autentica e approfondita*, una delle criticità più rilevanti dell'Unione è stata quella di avere costruito un'Unione monetaria senza abbandonare l'idea di un'associazione di Stati sovrani. Il separato esercizio dei diritti di sovranità in materia di politica di bilancio ha comportato l'individuazione di un meccanismo di coordinamento fiscale e, ove necessario, di assistenza finanziaria che, di fatto, hanno ridotto la sfera di sovranità degli Stati membri ponendo al contempo il problema della legittimità democratica delle decisioni adottate dalla BCE nello 'stato di eccezione' venutosi a creare con la crisi del 2007-2008. Probabilmente, gli ideatori dei Trattati erano consapevoli di questa mancanza di legittimità democratica della BCE al punto da considerarla necessaria per consentirle di reagire rapidamente a situazioni economico-finanziarie tali da pregiudicare la stabilità finanziaria dell'area euro (Leino, 2001: 28). Stante il nuovo quadro economico e finanziario, è auspicabile che tale mancanza venga superata e che gli attori politici nazionali si assumano la responsabilità di riformare i Trattati (Mody, 2014: 18).

5. Il controllo della BCE sulle economie nazionali: dall'esercizio del 'solo' potere monetario al ruolo di fiscal policy-maker e di supervisore del sistema bancario

La nozione giuridica di controllo, pur evocando modelli di intervento del potere pubblico nell'economia tipici dello Stato amministrativo, in cui il sistema economico adottato è fondamentalmente chiuso, è qui richiamata con un significato necessariamente meno stringente di quello attribuitogli tradizionalmente dalla dottrina. La non configurabilità dell'Unione europea tra i modelli conosciuti di forma di stato, e di governo, pone delle problematiche alla riproposizione di schemi di intervento nell'economia concepiti su una declina-

zione della sovranità ‘unitaria’ di tipo statale. La tipologia del controllo affidata alla BCE, dunque, non può essere interpretata secondo la categoria del controllo-manovra/azione amministrativa presupponendo il prerequisito della decisione politica. E, parimenti, non è totalmente riconducibile neanche alla categoria del controllo-direzione poiché le decisioni adottate dalla BCE non producono direttamente effetti sulle economie nazionali se non per il tramite di banche centrali nazionali e di Governi nazionali, che diventano, rispettivamente, ‘esecutori co-decisorî’ e ‘decisorî vigilati’. Così, la funzione di controllo svolta dalla BCE risulta ambigua da declinare, sotto il profilo giuridico, per l’interessare soggetti giuridici che si dovrebbero trovare in una posizione di reciproca indipendenza nell’esercizio delle rispettive funzioni. Da un lato, la BCE, istituzione ‘tecnica’ indipendente dell’Unione, competente per la politica monetaria, e, dall’altro, i Governi nazionali, istituzioni politiche titolari dell’indirizzo politico-economico e finanziario, ciascuno secondo la propria specificità istituzionale nell’ambito dei rispettivi ordinamenti costituzionali nazionali.

Questa dicotomia, prevista esplicitamente dai Trattati, era funzionale a delimitare l’esercizio di poteri espressione della sovranità, quella monetaria, da un lato, e quella economica e finanziaria, dall’altro (Donati, 2014: 4). Nella fase iniziale dell’Unione monetaria europea, e, almeno, fino alla crisi finanziaria del 2007-2008, l’enfasi era posta soprattutto sulla specificità della BCE, quale organo indipendente, sancita dai Trattati e dallo statuto SEBC/BCE. L’indipendenza era garantita nel riconoscere alla BCE personalità giuridica propria e completa autonomia nell’esercizio dei propri poteri e nella gestione delle proprie finanze (Zilioli, Selmayr, 2000; Smits, 2007)²³ essendo soggetta soltanto al sindacato giurisdizionale della Corte di giustizia e al controllo della Corte dei conti europea. Con la crisi finanziaria, la BCE ha adottato, prima lentamente, anche per i limiti posti dai ‘vincoli genetici’ (Mattassoglio, 2014), poi, con maggiore reattività, per l’esacerbarsi della crisi dei debiti sovrani, una serie di provvedimenti, definiti, come detto, non convenzionali, che hanno favorito un’estensione delle ordinarie forme di controllo in ambiti controversi proprio a causa della divaricazione tra politica monetaria e politica economica prevista nei Trattati, tanto da suscitare l’attenzione degli studiosi in merito (Zilioli, 2012; Hristov *et al.*, 2014), come si è visto, e da sollecitare la richiesta di pronuncia pregiudiziale da parte della Corte costituzionale federale tedesca alla Corte di giustizia. La BCE, in qualità di membro della c.d. Troika, svolge un ruolo che va oltre quello tipico di *moral suasion* di una banca centrale per le pressioni che esercita nei confronti degli Stati membri dell’Unione monetaria e, soprattutto, verso quegli Stati che necessitano, o potrebbero necessitare, di forme di assistenza finanziaria attraverso il MES, affinché adottino riforme strutturali. Il ruolo svolto dalla BCE, seppur comprensibile sotto un profilo di *expertise*, solleva al contempo degli aspet-

ti di problematicità in considerazione dei principi giuridici sui quali essa è stata concepita (Beukers, 2013).

Anche l'attribuzione alla BCE di compiti di vigilanza sul sistema bancario suscita perplessità per gli effetti che può produrre sulla credibilità della BCE in termini di indipendenza nell'esercizio delle proprie funzioni. La soluzione adottata dal legislatore risolve il problema sotto il profilo formale ma non fugge completamente i dubbi sulla 'reale' neutralità dei provvedimenti di vigilanza adottati dalla BCE rispetto ad interessi economici e finanziari degli Stati membri dell'Unione monetaria (Alexander, 2015: 154).

Il proliferare di compiti, funzioni, poteri affidati alla BCE suscita questioni che non possono essere più sbrigativamente liquidate, a differenza di quanto avvenuto in passato, come infondate o legate a schemi istituzionali desueti. Ci si chiede se le regole della neutralità della moneta e dell'indipendenza del potere monetario, codificate in un contesto economico e politico ben diverso dall'attuale, siano coerenti con il modello di sovranità finanziaria condizionata introdotto, sostanzialmente, dal Trattato c.d. *Fiscal Compact* in attuazione del novellato art. 136 T.F.U.E. Vi è chi ha osservato che l'interpretazione formulata dalla Corte di Giustizia²⁴ del combinato disposto degli articoli 125 T.F.U.E. e 136 T.F.U.E. sembra rispondere più «al comprensibile obiettivo politico di consentire la creazione di uno strumento finanziario per la stabilità dell'euro che» ad «una rigorosa interpretazione della lettera e della ratio economica» della *no-bail clause* (Manzini, 2013: 38).

Nell'immutata previsione dell'art. 127.5 T.F.U.E., laddove la stabilità finanziaria è di competenza delle autorità nazionali, essendo rimesso al SEBC 'soltanto' il compito di contribuire alla buona conduzione di tali politiche, si assiste, verrebbe da dire, nel diritto vivente, ad una progressiva traslazione di tale obiettivo tra i compiti propri della BCE. Al di là del dato giuridico non vincolante, nell'opinione rilasciata dalla BCE sulla revisione della *mission* e dell'organizzazione del Comitato europeo per il rischio sistemico si legge, tra i titoli, che la stabilità finanziaria rientrerebbe nel mandato della BCE alla stregua della politica monetaria e della vigilanza bancaria²⁵. Inoltre, a prescindere dalle motivazioni giuridiche addotte dalla BCE per legittimare l'adozione di misure di politica monetaria non convenzionali rimane non chiaro quale sia lo scopo ultimo di tali operazioni, se l'obiettivo della stabilità dei prezzi o quello della stabilità finanziaria (Wilsher, 2013: 515). Vi è chi ha osservato, richiamando un'espressione in uso nella lingua inglese per indicare una verità ignorata, che questa mancanza di chiarezza nasce dal trattare la stabilità finanziaria come un 'elefante nella stanza' (Beukers, 2014: 360). Le stesse motivazioni addotte dalla Corte costituzionale federale tedesca nel rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia confermano indirettamente l'opinione che si voglia evitare di confrontarsi con

un'interpretazione sistematica dei poteri affidati dai Trattati alla BCE. Tale interpretazione, infatti, riproporrebbe il problema dei limiti alla sovranità statale o, se si preferisce, al contrario, del livello auspicabile di 'sovranità condivisa' che più volte si trova richiamata nelle parole dei membri del Comitato esecutivo della BCE. «Sharing a currency implies sharing sovereignty» si legge in uno di questi interventi (Mersch, 2015). Ma non si tratta di un'opinione condivisa. Già nella sentenza *Lissabon-Urteil*, la Corte costituzionale federale tedesca ha posto degli argini al trasferimento di sovranità partendo dal principio democratico secondo cui lo Stato è sovrano fin quando può decidere con un proprio Parlamento, non essendoci ancora un equivalente livello di democrazia in Europa. Dunque, il trasferimento di sovranità, stante questa interpretazione, come suggerito da Lorenza Violini, potrebbe riguardare solo un potere circoscritto, ben definito, «non potendo essere ammessa un'intera dislocazione di competenze, anche di tipo economico-quantitativo, su ambiti attinenti al bilancio nazionale» (Cataldo, 2015: 11). Il 'pletorismo funzionale' della complessità giuridica, di cui Luhmann evidenziava le insidie, è espressione nella BCE dell'irrisolta questione se l'Unione economica e monetaria europea sia una 'comunità di benefici' o, invece, una 'comunità di destino' in cui la dimensione territoriale dei sistemi economici nazionali non coincide più con quella degli Stati membri ma piuttosto con quella di uno Stato federale europeo. Se così fosse, richiamando l'idealismo posthegeliano di Fichte (Galvano, 2007: 221), la BCE non sarebbe più lo strumento attraverso il quale 'attentare' alla sovranità degli Stati membri dell'Unione monetaria ma un'istituzione tra le istituzioni 'federali' europee posta a presidio oltre che della stabilità monetaria anche della stabilità finanziaria dell'area euro (Triulzi, 2015).

Note

- ¹ Art. 127.1 T.F.U.E.
- ² Federal Reserve Act, 12 USC 225a.
- ³ Art. 127.6 T.F.U.E.
- ⁴ Per il fatto che talune operazioni sono state soltanto annunciate altre anche attuate.
- ⁵ In occasione del discorso tenuto a Londra il 26 giugno 2012.
- ⁶ Nel suo discorso introduttivo al Forum della BCE sul *central banking*, tenutosi il 22 maggio 2015.
- ⁷ Art. 13, (*Procedure for granting stability support*), T.F.U.E.
- ⁸ C. giust., 27.11.2012, C-370/12, *Pringle c. Government of Ireland*, punto 165.
- ⁹ Regolamento (UE) n. 1024/2013 del Consiglio del 15 ottobre 2013.
- ¹⁰ Considerando 75, Regolamento (UE) n. 1024/2013.
- ¹¹ Art. 19 Regolamento (UE) n. 1024/2013.
- ¹² Art. 10.3 Regolamento (UE) n. 673/2014 della Banca centrale europea del 2 giugno 2014.
- ¹³ BVerfG, 24.01.2014, BvR 2728/13.
- ¹⁴ C. giust., 16.06.2015, C-62/14, *Gauweiler c. Deutscher Bundestag*.
- ¹⁵ C. giust. C-62/14, punto 67.
- ¹⁶ C. giust. C-62/14, punto 68.
- ¹⁷ Art. 18.1 Statuto Banca Centrale Europea.
- ¹⁸ C. giust. C-62/14, punto 64.
- ¹⁹ Regolamento (CE) n. 3603/93 del Consiglio del 13 dicembre 1993.
- ²⁰ In un suo articolo apparso su *Die Zeit* il 29 agosto 2012.
- ²¹ C. giust. C-62/14, punti 15 e 16.
- ²² Conclusioni dell'Avvocato generale *Luiz Villalón* del 14 gennaio 2015, C. giust. C-62/14, punto 38.
- ²³ Art. 282.3 T.F.U.E.
- ²⁴ C. gius. C-370/12, punto 136.
- ²⁵ *Opinion of the European Central Bank of 4 February 2015 on the review of the mission and organisation of the European Systemic Risk Board*, CON/2015/4: 2.

Riferimenti bibliografici

- Alexander K. 2015, *European Banking Union: A Legal and Institutional Analysis of the Single Supervisory Mechanism and the Single Resolution Mechanism*, in *ELR*, 2: 154 sgg.
- Antoniazzi S. 2013, *La Banca Centrale Europea tra politica monetaria e vigilanza bancaria*, Giappichelli, Torino.
- Antonucci A. 2003, *Il credito di ultima istanza nell'età dell'euro*, Cacucci, Bari.
- Archer D. 2009, *Roles and objectives of modern central banks*, in Report from the Central Bank Governance Group, *Issues in the Governance of Central Banks*, Bank of International Settlement, Basel: 17-55.
- Baroncelli S. 2014, *The Independence of the ECB after the Economic Crisis*, in M. Adams *et al.* (a cura di), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon: 125 sgg.
- Bernanke Ben S. 2014, *La Federal Reserve e la crisi finanziaria. Quattro lezioni*, trad. it. di A. Oliveri, il Saggiatore, Milano.
- Beukers T. 2013, *The New ECB and its Relationship with the Eurozone Member States: Between Central Bank Independence and Central Bank Intervention*, in *Common Mark. Law Rev.*, 50: 1579 sgg.
- 2014, *The Bundesverfassungsgericht Preliminary Reference on the OMT Program: 'In the ECB We Do Not Trust. What About You?'*, in *Ger. Law J.*, 15: 343 sgg.
- Borio C., Piti D. 2009, *Unconventional monetary policies: an appraisal*, in *BIS Working Papers*, Basel: 292.
- Buiter W.H., Rahbari E. 2012, *The ECB as lender of last resort for sovereigns in euro area*, in *CEPR*, <http://www.cepr.org/active/publications/discussion_papers/dp.php?dpno=8974> (12/16).
- Cafaro S. 2013, *L'azione della Bce nella crisi dell'area euro alla luce del diritto dell'Unione europea*, in G. Adinolfi, M. Vellano (a cura di), *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area euro. Profili giuridici*, Giappichelli, Torino: 49 sgg.
- Cataldo G. 2015, *Il Fiscal Compact e le problematiche della sovranità finanziaria condizionata*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, <<http://www.osservatorioaic.it/il-fiscal-compact-e-le-problematiche-della-sovranita-finanziaria-condizionata.html>> (12/16).
- Cecchini G.L. 2012, *BCE e ESM (European Stability Mechanism): quale sovranità per lo Stato?*, in *Riv. coop. giur. internaz.*, 42: 122 sgg.
- Cerrina Feroni G. 2014, *Verso il Meccanismo Unico di Vigilanza sulle Banche. Ruolo e prospettive dell'European Banking Authority (EBA)*, in <<http://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=27336>> (12/16).
- Cour-Thimann P., Winkler B. 2013, *The ECB's Non-Standard Monetary Policy Measures. The Role of Institutional Factors and Financial Structure*, in *ECB Working PaperSeries*: 1528.

- Craig P. 2014, *Economic Governance and the Euro Crisis: Constitutional Architecture and Constitutional Implications*, in M. Adams, F. Fabbrini, P. Larouche (a cura di), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Hart, Oxford and Portland, Oregon: 19 sgg.
- De Petris A. 2016, *Un compromesso responsabile: la risposta del Tribunale Costituzionale Federale tedesco alla sentenza della Corte di Giustizia sul rinvio pregiudiziale di Karlsruhe*, in <<http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=32124>> (12/16).
- Donati F. 2014, *La crisi dell'euro tra Corti costituzionali e Corte di giustizia*, in <<http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=27338>> (12/2016).
- Dullen S., Guérot U. 2012, *The Long Shadow of Ordoliberalism: Germany's Approach to the Euro Crisis in European Council on Foreign Relations*, in *ecfr.eu*, <http://www.ecfr.eu/publications/summary/the_long_shadow_of_ordoliberalism_germanys_approach_to_the_euro_crisis> (12/2016).
- European Central Bank (ECB) 2011a, *The European Stability Mechanism*, in *Monthly Bulletin*, July.
- 2011b, *The Monetary Policy of EBC*, in <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/monetarypolicy2011en.pdf>> (12/16).
- 2012, *Monthly Bulletin*, October, in <<https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/mobu/mo201210en.pdf>> (12/16).
- n.d., *Monetary policy decisions*, in <<https://www.ecb.europa.eu/mopo/decisions/html/index.en.html>> (12/16).
- Galgano F. 2007, *La forza del numero e la legge della ragione*, il Mulino, Bologna.
- Guarino G. 2006, *Eurosistema. Analisi e prospettive*, Giuffrè, Milano.
- Hofmann H.C.H. 2015, *Gauweiler and OMT: Lessons for EU Public Law and the European Economic and Monetary Union*, in <<https://orbilu.uni.lu/handle/10993/24134>> (12/16).
- Hristov N. et al. 2014, *Smells Like Fiscal Policy? Assessing the Potential Effectiveness of the ECB's OMT Program*, in *CESifo Working Paper*, in <http://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/DocBase_Content/WP/WP-CESifo_Working_Papers/wp-cesifo-2014/wp-cesifo-2014-02/cesifo1_wp4628.pdf> (12/16).
- Lastra R.M. 2000, *The Role of the European Central Bank with Regard to Financial Stability and Lender of Last Resort Operations*, in C.A. Goodhart (a cura di), *Which Lender of Last Resort for Europe?*, Central Banking Publications, Londra: 202 sgg.
- 2012, *The Evolution of the European Central Bank*, in *Fordham ILJ*, 35: 1260 sgg.
- Leino P. 2001, *The European Central Bank and Legitimacy. Is the ECB a Modification of or an Exception to the Principle of Democracy?*, in *Harvard Jean Monnet Working Paper*, in <<http://jeanmonnetprogram.org/archive/papers/00/001101.html>> (12/16).
- Manzini P. 2013, *La crisi del debito sovrano degli Stati dell'area euro. Profili giuridici*, in G. Adinolfi, M. Vellano (a cura di), *La riforma delle regole UE sulla sorveglianza dei bilanci pubblici nazionali*, Giappichelli, Torino: 29 sgg.

- Mattassoglio F. 2014, *L'azione della Banca centrale europea tra veti e vincoli genetici*, in <http://www.economia.unimib.it/DATA/moduli/8_8641/materiale/la%20banca%20centrale%20europea_mattassoglio.pdf> (12/16).
- Mersch Y. 2015, *Dinner Speech at EUI-NOMICS*, in *www.ecb.europa.eu*, in <<https://www.ecb.europa.eu/press/key/date/2015/html/sp150424.en.html>> (12/16).
- Mody A. 2014, *Did the German Court do Europe a Favor?*, in <<http://bruegel.org/2014/07/did-the-german-court-do-europe-a-favour/>> (12/16).
- Monaci E. 2008, *Banca centrale europea e Sistema europeo di banche centrali: attori della governance comunitaria*, in L. Ammannati, P. Bilancia (a cura di), *Governance dell'economia e integrazione europea*, vol. 2, Giuffrè, Milano: 221 sgg.
- Ortino S. 1990, *Profili costituzionali della banca centrale europea*, in *Banca impresa soc.*: 279 sgg.
- Papadopoulou L. 2014, *Can Constitutional Rules, Even if 'Golden', Tame Greek Public Debt?*, in M. Adams, F. Fabbrini, P. Larouche (a cura di), *The Constitutionalization of European Budgetary Constraints*, Hart, Oxford and Portland, Oregon: 223 sgg.
- Pisaneschi A. 2014, *Banca centrale europea, vigilanza bancaria e sovranità degli Stati*, in <<http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=27339>> (12/16).
- 2015, *Legittimo secondo la Corte di Giustizia il piano di allentamento monetario (OMT) della BCE. Una decisione importante anche in relazione alla crisi greca*, in <http://www.federalismi.it/document/editoriale/EDITORIALE_30062015204700.pdf> (12/16).
- Pisani-Ferry J. et al. 2013, *EU-IMF assistance to euro-area countries: an early assessment*, in <<http://bruegel.org/2013/06/eu-imf-assistance-to-euro-area-countries-an-early-assessment/>> (12/16).
- Predieri A. 1996, *Il potere della banca centrale: isola o modello?*, Passigli, Firenze.
- 1998, *Euro, Poliarchie democratiche e mercati monetari*, Giappichelli, Torino.
- Rezler P. 2011, *The Copenhagen Criteria: are They Helping or Hurting the European Union?*, in *Touro Intl L Rev*, XIV (2): 390 sgg.
- Santa Maria A. 2008, *Diritto commerciale europeo*, Giuffrè, Milano.
- Selgin G. et al. 2010, *Has the Fed been a Failure?* in *Cato Inst.*, <<http://object.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/WorkingPaper-2.pdf>> (12/16).
- Siekman H. 2015, *The Legality of the Outright Monetary Transactions (OMT) of the European System of Central banks*, in *Institute for Monetary and Financial Stability*, in <http://www.imfs-frankfurt.de/fileadmin/user_upload/IMFS_WP/IMFS_WP_90_Siekman.pdf> (12/16).
- Sinn H.-W. 2014, *Responsibility of States and Central Banks in the Euro Crisis*, in <<https://ideas.repec.org/a/ces/ifofor/v15y2014i1p03-36.html>> (12/16).
- Smits R. 2007, *The European Central Bank's Independence and its Relations with Economic Policy Makers*, in *Fordham ILJ*, 31: 1614 sgg.

- Triulzi U. 2015, *La Banca centrale europea motore dell'unificazione politica*, in <http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=28796&content=La+Banca+Centrale+Europea+motore+dell%27unificazione+politica&content_author=%3Cb%3EUmberto+Triulzi%3C/b%3E> (12/16).
- Vella F. 2002, *Banca centrale europea, Banche centrali nazionali e vigilanza bancaria: verso un nuovo assetto dei controlli nell'area euro?*, in *Banca borsa*, I: 150 sgg.
- Wilsher D. 2013, *Ready to Do Whatever it Takes? The Legal Mandate of the European Central Bank and the Economic Crisis*, in C. Barnard et al. (a cura di), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 15: 503 sgg.
- Winkler A. 2014, *The Lender of Last Resort in Court*, in *Frankfurt School of Finance and Management*, in <<http://www.frankfurtschool.de/clicnetclm/fileDownload.do?goid=000000557420AB4>> (12/16).
- Wyplosz C. 2007, *Dove finisce l'indipendenza della BCE*, in *lavoce.info*, <<http://www.lavoce.info/archives/24563/dove-finisce-lindipendenza-della-bce/>> (12/16).
- Zatti F. 2012, *Il problema della responsabilità politica nelle 'reti di regolatori' indipendenti del mercato*, in *ApertaContrada*, <<http://www.apertacontrada.it/2012/11/09/il-problema-della-responsabilita-politica-nelle-reti-di-regolatori-indipendenti-del-mercato/>> (12/16).
- Zilioli C. 2012, *The European Central Bank: a Fiscal Policy-Making Institution?*, in *EUDO 2012 Dissemination conference. The Euro Crisis and the State of the European Democracy*, in <<http://www.eui.eu/Projects/EUDO/Documents/powerpoints/ZilioliChiara.pdf>> (12/2016).
- Zilioli C., Selmayr M. 2000, *The European Central Bank: an Independent Specialized Organization of Community Law* in *CMLR*, 37: 591 sgg.

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO E IL SUO RUOLO UNIFICANTE NELL'ORDINAMENTO

Fabio Cintioli

SOMMARIO – 1. Introduzione. Una istituzione giovane e la sua funzione unificante. 2. Le ragioni del successo di AGCM. Motivazioni storiche. 3. (*segue*) Motivazioni *culturali*. 4. (*segue*) Motivazioni legate ai poteri dell'istituzione. 5. La prima fase: dal 1990 al 2003. 6. La seconda fase: dal 2003 al 2008. 7. La terza fase: dal 2008 ai nostri giorni. 8. Profili di armonia nella funzione unificante. 9. Profili di disarmonia. Rischio regolatorio e tipicità. 10. (*segue*) Rapporto tra procedimento e processo. Analisi economica e metodo giuridico.

1. Introduzione. Una istituzione giovane e la sua funzione unificante

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato è una pubblica amministrazione molto giovane, risalendo la sua costituzione al 1990, per effetto della ben nota legge n. 287. Eppure questa Istituzione ha acquisito e mantiene a tutt'oggi una posizione di centralità negli equilibri dell'intero ordinamento, prima ancora che nell'ambito delle amministrazioni pubbliche; e, segnatamente, tra quelle che si distinguono per il loro intervento diretto nei rapporti economici. È una istituzione autorevole sul piano giuridico ed i suoi precedenti sono studiati e seguiti nel dibattito scientifico; ma è parimenti sempre molto viva l'attenzione mediatica nei suoi confronti. La carriera nelle file del suo personale è considerata prestigiosa e l'accesso al Collegio dell'Autorità è annoverato tra le più insigni nomine che possano esser fatte, ancor oggi, dai Presidenti delle Camere in omaggio a un criterio che vuole assicurare il più alto livello di indipendenza.

In soli 25 anni, dunque, l'AGCM è divenuta un punto di riferimento costante per i consumatori, un interlocutore istituzionale naturale del Governo e del legislatore, un soggetto chiamato ad esercitare una vigilanza costante sulle imprese e soprattutto si è ritagliata il ruolo di vero e proprio ponte di collegamento tra l'ordinamento nazionale e quello europeo.

L'Autorità è così una istituzione che svolge una indubbia funzione unificante dell'ordinamento. La svolge rispetto all'ordinamento nazionale di per sé quale interprete della 'concorrenza', ma la svolge anche nel senso di assicurare un'efficace omogeneità tra quest'ultimo e l'ordinamento europeo: perché assume su di sé il compito unitario di vigilanza antitrust *ex post* sull'intero mercato nazionale, anche con poteri molto incisivi, come ben sappiamo; perché è interlocutore istituzionale e motore di orientamento del Parlamento nazionale e dei legislatori regionali, oltre che dei regolatori sparsi a livello locale, grazie alle sue

funzioni consultive e di c.d. *advocacy*; perché ha mostrato di avere il potere di svolgere persino una funzione (se ben esercitata) di orientamento culturale a favore della 'società aperta'; perché è fondata ed agisce sulla base di un bivalente raccordo, che vede da una parte le istituzioni repubblicane e dall'altra parte la Commissione dell'Unione europea e – con essa e tramite essa – anche le autorità nazionali di tutela della concorrenza degli altri Stati membri.

Viene naturale chiedersi il perché di questa repentina eppure così solida affermazione e, in verità, non è agevole dare una risposta. Però è molto interessante ricercarla, dato che essa potrebbe svelare in una chiave di sintesi i punti qualificanti della sua azione.

2. Le ragioni del successo di AGCM. Motivazioni storiche

Possiamo cercare di indicare almeno tre ragioni prevalenti di questo successo.

Una prima motivazione ha carattere prettamente storico.

L'istituzione è nata in un momento di transizione storica e politica. L'ordinamento le ha affidato, vuoi in modo esplicito con la legge n. 287 del 1990, vuoi anche in maniera inconsapevole (ché sarebbero stati gli accadimenti successivi a riempirne di contenuto l'azione) il compito di essere forse il principale interprete di quel passaggio segnato dalle trasformazioni avviate dai Trattati: è soprattutto con l'Atto unico del 1986, con la caduta del muro di Berlino e con un certo successo al tempo riscosso dalle politiche liberiste reaganiane e tatchेरiane e dalle dottrine economiche che le sospingevano che si è andata consolidando l'idea che le relazioni socio-economiche debbano essere improntate all'economia di mercato, pur se declinata nella forma più tenue dell'economia *sociale* di mercato, con uno scarto netto rispetto al modello dello Stato sociale interventista, che in particolare proprio nel nostro Paese era stato fino allora dominante.

L'Autorità insomma, da «missionario in terra di infedeli» come ha scritto in modo molto evocativo della prima stagione uno dei suoi primi presidenti, Giuliano Amato, è entrata in gioco nel momento giusto e munita del fine giusto e dei giusti strumenti per divenire una istituzione di 'successo' e per porsi come interprete di quel cambiamento (apparentemente così profondo) che segnava in quegli anni la nostra costituzione economica.

Da questo punto di vista, essa ha avuto anche un compito cruciale nel modo di interpretare l'art. 41 Cost. e la tutela della libertà di iniziativa economica privata. Quest'ultima infatti oggi non è più intesa dalla Corte costituzionale tanto (o esclusivamente) in chiave soggettiva, come diritto di libertà appunto, bensì anche in chiave oggettiva, quale protezione costituzionale di un sistema aperto alla concorrenza come metodo ordinante dei rapporti economici e come criterio di assegnazione delle libere scelte ad imprese e consumatori in un contesto competitivo.

Sempre sul piano storico, la 'forza' conferita all'istituzione è dipesa dall'esser nata proprio alle soglie della crisi del sistema politico istituzionale italiano.

A partire dal 1992 il quadro politico ha subito le profonde alterazioni che sono ben note e soprattutto, a partire da quel momento si è affermata, ancora una volta come dato sociale e pre-giuridico, una diffusa sfiducia verso le istituzioni rappresentative e, con essa, una ricerca di nuovi modelli neutrali e 'tecnici' di amministrazione per la tutela di fondamentali diritti dei cittadini, lì dove l'alta competenza tecnica sarebbe stata, insieme all'indipendenza, la chiave per la soluzione di molti problemi che in quell'epoca venivano ad emergere. La crisi delle cariche elettive e delle amministrazioni tradizionali in qualche misura è proseguita latente, sino a riesplodere in questi ultimi anni con la grande crisi economico-finanziaria. Del pari, l'AGCM, quale principale esempio di autorità indipendente caratterizzata ancor più che le altre da una neutralità del fine, ha operato esibendo significative competenze professionali (non ultime quelle della sua 'struttura' amministrativa, evidentemente, la quale ha saputo assicurare anche una continuità di azione nel corso degli anni).

3. (segue) *Motivazioni culturali*

La seconda ragione che concorre a spiegare il rilievo dell'istituzione è di tipo *culturale* ed è data dal formidabile interesse che la dottrina, non solo giuridica ma anche economica, ha da subito mostrato nei confronti di essa e della sua attività.

Questo interesse può sintetizzarsi ricordando che l'attività di *public enforcement antitrust*: *a)* era trasversale, appunto, a diverse discipline, su tutte quella giuridica e quella economica, il che ha immediatamente connotato in modo particolare sia l'organizzazione amministrativa interna che l'attività amministrativa che la riguardava; *b)* era oggetto di una disciplina comunitaria prima ancora che nazionale, il che suscitava un particolare apprezzamento verso l'Autorità in un contesto che, specie sino a qualche anno fa, era solito dare speciale rilievo e condivisione alla produzione giuridica europea; *c)* era di carattere necessariamente sovranazionale, perché i confini del mercato non sono di certo nazionali; ed anzi, neppure il confine europeo riusciva in realtà a delimitarne lo spazio di azione.

L'Autorità è così divenuta il prototipo per eccellenza delle autorità indipendenti, suscitando addirittura qualche propensione dottrinale a catalogarla, non senza eccesso, all'interno della funzione giurisdizionale piuttosto che in quella amministrativa.

Per gli economisti AGCM è diventata, a sua volta, un'istituzione nella cui 'cultura' istituzionale riconoscersi ed alla quale contribuire attivamente.

Non è un caso che i ranghi dell'Autorità vedano, con pari rappresentanza, sia giuristi che economisti e che una tale composizione mista sia tendenzialmente

assicurata nella formazione del *team* istruttorio chiamato a condurre, sino alla decisione conclusiva, un dato caso *antitrust*.

Per il giurista (anche per quel che si dirà dopo, è utile sottolinearlo) è stato quindi necessario tener conto di alcuni fattori culturali 'esterni' nello studio di questa particolare amministrazione e dei suoi atti.

In primo luogo, si è vista l'esigenza di confrontarsi con culture giuridiche profondamente diverse: non solo quella 'comunitaria', ma anzitutto quella anglosassone e statunitense, la quale, per ragioni di primazia storica, aveva già forgiato gli istituti cardine di questo settore dell'ordinamento e addirittura predisposto una terminologia apposita che è stato necessario traslare, non senza difficoltà, nella nostra esperienza.

In secondo luogo, va menzionato il bisogno di esaminare il singolo fenomeno oggetto dell'*antitrust enforcement* e di classificarlo utilizzando non solo concetti della scienza giuridica, ma volgendo lo sguardo anche ad altre discipline, quelle economiche anzitutto.

4. (segue) *Motivazioni legate ai poteri dell'istituzione*

La terza ragione del successo e del rilievo assunto da AGCM concerne i relevantissimi poteri che le sono stati assegnati dalle norme della l. n. 287, prima, e dal Regolamento della c.d. modernizzazione *antitrust*, il n. 1 del 2003, dopo.

Non v'è solo il potere sanzionatorio, che pure è già un potentissimo strumento a disposizione di AGCM e che si misura in più punti percentuali (sino a dieci) del fatturato dell'impresa che abbia commesso l'illecito (v. l'art. 15, comma 1, della l. n. 287 del 1990). Vi è anche la diffida, che si traduce nell'intimazione a non reiterare il contegno illecito. Quest'ultima può assumere un contenuto regolatorio implicito molto rilevante, ché, ad esempio, nei casi di abuso di dominanza può spingersi sino a vincolare i comportamenti strategici dell'impresa e in alcuni casi di intesa (si pensi ai consorzi e alle delibere di associazione di imprese, in generale) può determinare l'obbligatoria estinzione di strutture organizzative presenti sul mercato da molto tempo.

Inoltre, la forza dell'accertamento di un illecito *antitrust* si trasferisce al livello del *private enforcement*. Già la Corte di cassazione ha da tempo riconosciuto un'efficacia probatoria privilegiata del provvedimento di AGCM nel processo instaurato dai concorrenti o direttamente dai consumatori per ottenere il risarcimento dei danni provocati dal comportamento anticoncorrenziale. E questo ha generato un dibattito molto ricco sui limiti di questa acquisizione probatoria, sulla necessità che essa sia stata asseverata anche dal giudice amministrativo e, più in generale, sul grado di autonomia che deve in ogni caso riconoscersi al giudizio civile quando è chiamato ad accertare l'illecito aquiliano. Più recen-

temente, la direttiva sul *private enforcement* ha ribadito questo nesso tra accertamento delle autorità nazionali di concorrenza e le azioni risarcitorie *follow on* e lo ha consolidato proprio nel segno di un sostanziale vincolo probatorio nei riguardi del giudice del risarcimento dei danni. Basti citare l'art. 9, par. 1, della direttiva 2014/104/UE secondo il quale «Gli stati membri provvedono affinché una violazione del diritto della concorrenza constatata da una decisione finale di un'autorità nazionale garante della concorrenza o di un giudice del ricorso sia ritenuta definitivamente accertata ai fini dell'azione per il risarcimento del danno proposta dinanzi ai loro giudici nazionali ai sensi dell'art. 101 o 102 TFUE o ai sensi del diritto nazionale della concorrenza». Il controllo giudiziale è frequente, quasi una naturale appendice della vicenda antitrust. Però il ricorso giurisdizionale potrebbe anche non esser proposto e ciononostante il provvedimento dell'Autorità manterrebbe questa specialissima forza probatoria, così come la terrebbe se il ricorso fosse presentato ma comunque dichiarato irricevibile o inammissibile per ragioni processuali di tipo preliminare.

5. La prima fase: dal 1990 al 2003

Il riepilogo delle motivazioni del successo dell'Autorità, variegato a dire il vero, già aiuta a comprendere molti dei profili più interessanti della sua attività e del suo impatto.

La chiave storica, però, non esaurisce ancora la sua funzione.

Nel corso del tempo l'attività dell'Autorità ha subito mutamenti molto rilevanti e questo dimostra che questo scorcio di 25 anni è stato tanto significativo per la piena affermazione dell'istituzione quanto ricco di contenuti, dato che ha attraversato fasi piuttosto diverse. Anche di esse è opportuno accennare, perché ci aiuta nel comprendere dove stiano le radici di AGCM, come vada esercitando una funzione unificante e quali siano, oggi, i punti critici della sua azione.

Possiamo, anche qui, far ricorso ad una tripartizione, ovviamente affidata a un criterio empirico approssimativo.

La prima fase può esser datata tra il 1990 e il 2003.

È, questo, il periodo dell'assestamento, della prima diffusione dei principi antitrust nell'ordinamento nazionale e del diretto 'abbeveramento' alla fonte comunitaria.

L'inizio dell'attività di una amministrazione, qui, coincideva con la novità dei compiti e, soprattutto, delle finalità che ad essa erano affidate, sicché era inevitabile che vi fosse, per il nostro *missionario*, un non facile compito divulgativo in una con l'attivazione dell'*enforcement* antitrust. Del resto, si pensi al fatto che persino al giorno d'oggi spesso nello svolgersi delle attività economiche non è ben percepito il disvalore dell'illecito antitrust e l'Autorità ha, nei fat-

ti, promosso la diffusione di programmi di *compliance* antitrust presso le imprese, considerandoli come una valida circostanza attenuante per il caso di accertamento di illeciti (così le linee guida, da ultimo diramate: *Linee guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*, adottate da AGCM con delibera del 22 ottobre 2014). Se si avverte ancor oggi il bisogno di promuovere la diffusione di una cultura antitrust nel mondo delle imprese, può bene intendersi quanto vi fosse da lavorare nel campo che AGCM si è trovata davanti ai primi degli anni '90. Queste difficoltà appartenevano anche alla giurisprudenza ed è possibile simboleggiarle ricordando alcuni orientamenti che sembravano richiedere, per la punibilità di un cartello, che le rispettive volontà, quali volontà negoziali, fossero imputabili alla dichiarazione di un rappresentante legale munito dei poteri necessari, mostrando così di ignorare quei dati di effettività economica che permeano di sé il c.d. diritto della concorrenza e che riempiono di contenuti anche la nozione di imputabilità soggettiva dell'illecito.

La legge n. 287, all'articolo 1, comma 4, esprimeva una regola che, con la sua originalità, spiegava bene come non fosse semplice trovare nel solo ordinamento nazionale le linee guida per coloro che si accingevano ad operare nel settore: «L'interpretazione delle norme contenute nel presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza».

In questa prima fase, è il sistema nazionale che 'riceve' un flusso di principi, indirizzi e regole da parte dell'ordinamento comunitario, per lo più contenuti nel *case law* in costate evoluzione della Corte di Giustizia. L'Autorità, in questo, ha saputo fungere da tramite per irrorare l'ordinamento nazionale di questi contenuti.

6. La seconda fase: dal 2003 al 2008

La seconda fase è quella che collochiamo tra il 2003 e il 2008.

Potremmo definirla come quella della definitiva maturazione dell'Autorità e, con essa, di una certa cultura della concorrenza in Italia.

Questa fase è dominata dall'avvento del regolamento n. 1 del 2003, sulla c.d. modernizzazione del diritto antitrust. Il legislatore comunitario, sia perché volto ad attrarre le autorità nazionali di concorrenza in un quadro effettivamente comune di regole e di prassi interpretative necessario proprio per l'unicità del fenomeno oggetto di intervento (il mercato interno europeo), sia per alleviare la Commissione di un carico di lavoro che era apparso spesso insostenibile, ha previsto un nuovo modello organizzativo. Esso, come sappiamo, vede al centro di

un *network* istituzionale di livello europeo la Commissione, cui spetta un ruolo di coordinamento delle varie autorità nazionali. E soprattutto affida a queste ultime il compito di applicare direttamente gli artt. 101 e 102 (*ex* 81 e 82) del Trattato sulla repressione delle intese anticoncorrenziali e degli abusi.

L'interazione con la Commissione ha reso possibile un nuovo fenomeno. L'Autorità, anziché solo 'ricevere' dal sistema europeo, ha trasmesso al *network* la sua esperienza nazionale: quella di una cultura e di un diritto vivente antitrust che nel frattempo si era effettivamente sviluppato. Il contributo di esperienze e lo scambio di idee e prassi, benché il *network* non sempre abbia funzionato al meglio, ha segnato un passo avanti molto importante per creare un diritto antitrust europeo comune per l'intero mercato di riferimento.

Parimenti, in questi anni è maturata anche la giurisprudenza, specie quella amministrativa incaricata di sindacare il *public enforcement*. Essa ha saputo, per un verso, acquisire quelle competenze e tecniche necessarie all'applicazione del diritto della concorrenza, e, per, altro verso, affermare un controllo in verità indispensabile sull'esercizio dei relevantissimi poteri esibiti nel frattempo dall'Autorità non senza un certo vigore e tono 'accusatorio'.

Non è casuale che proprio in questa fase si sia registrata una svolta interpretativa da parte della Cassazione in tema di azioni di danni, col riconoscimento (in verità non del tutto agevole) di un nesso diretto tra l'illecito antitrust e la sfera giuridica del consumatore finale e con l'affermazione che la legge 287 è anche la legge del consumatore; mi riferisco soprattutto alla notissima Cass., sez. un., 4 febbraio 2005, n. 2207. La tutela della concorrenza e la repressione degli illeciti antitrust diventa anche una forma di protezione diretta del consumatore e delle sue libere scelte economiche. E la protezione della sfera patrimoniale del consumatore fonda un suo credito risarcitorio nei confronti degli autori dell'illecito antitrust.

7. La terza fase: dal 2008 ai nostri giorni

La terza fase va dal 2008 sino ai nostri giorni.

Essa è, per molti aspetti, quella più complessa. E i suoi approdi non sono ancora neppure ben chiari.

Inizia con la stagione della grande crisi finanziaria americana e con il suo contagio del sistema fiscale degli stati membri europei e, in particolare, di quello italiano.

È evidente che un evento di portata simile non poteva non reagire in modo sensibile sul mondo antitrust e sull'operato di AGCM, posta al centro delle relazioni economiche, così duramente colpite dalla crisi.

Inoltre, vi è una specificità da segnalare: quando la crisi divampava e manifestava, di lì a un paio d'anni, le sue conseguenze via via sempre più gravi nel

tessuto europeo, AGCM, per scelte contingenti, sembrava già aver voluto cambiare il proprio abito, proponendosi in una collocazione alquanto diversa dal recente passato. Mi riferisco all'utilizzo massiccio dell'istituto degli impegni, che indeboliva notevolmente la forza sanzionatoria del *public enforcement*, esaltando una non sempre ben definita funzione negoziale dell'Autorità e conferendole, nel contempo, una inedita propensione regolatoria; mi riferisco, altresì, al lancio della nuova funzione di repressione delle pratiche commerciali scorrette, che, divulgando una nuova forma di consumerismo, sembrava sottrarre molte energie culturali e organizzative alla funzione di repressione antitrust.

Detto questo, è evidente che alla crisi l'Autorità non poteva certo restare indifferente.

Così, in sede comunitaria il dibattito si andava incentrando sugli aiuti di Stato e sul difficile *trade off* tra l'apertura ad eccezioni volte a contingenti salvataggi, specie sul fronte bancario, da una parte, e la prevenzione dei rischi da *moral hazard*, dall'altra parte. In sede nazionale, restava invece la repressione di cartelli e abusi.

Sebbene la crisi globale, di per sé, non potesse certo consentire contegni illeciti, nei fatti, i tumultuosi eventi che essa recava con sé hanno fatto consolidare una politica di attenuazione delle sanzioni e di allargamento dell'istituto degli impegni. L'attenzione dell'Autorità, del pari, sembrava sempre più concentrarsi sulla repressione delle pratiche commerciali scorrette. Quest'ultima deviazione di percorso era accompagnata da un'inedita attenzione mediatica.

In qualche misura, la crescita della vigilanza sulle pratiche scorrette sembrava sostituire la riduzione di attività sul fronte del *public enforcement*. Ma restava il fatto che il tipo di finalità e di funzione restava completamente diversa; e che, va ricordato, il *quantum* della sanzione per le pratiche scorrette era notevolmente inferiore rispetto a quello previsto per gli illeciti antitrust. E proprio questo ultimo dato potrebbe essere esplicativo, ancora una volta, del ruolo carsico che la crisi economico-finanziaria andava assumendo nel favorire una *policy* che, alla fin fine, evitasse di gravare le aziende già in difficoltà col peso di ulteriori sanzioni.

Così, è stato molto vivace il dibattito sui limiti e sulle opportunità delle decisioni con impegni, nonché sul pericolo di una riduzione di quella funzione di deterrenza (quel che i penalisti chiamano 'prevenzione generale') che le sanzioni antitrust hanno in ogni caso il compito di assicurare. Pur nella comprensione di una vicenda storica ampia e di una certa complessità, è indubbio che la crescita esponenziale delle decisioni con impegni, l'espansione della vigilanza sulle pratiche commerciali scorrette e la deriva regolatoria che ciascuno di questi due fenomeni reca in sé abbiano svelato in quegli anni un vero e proprio rischio identitario per il *missionario* e per la sua funzione unificante.

Gli sviluppi più recenti del 'diritto vivente', che ci guidano direttamente all'attualità, non sono affatto trascurabili per intensità e per originalità, ma dimostra-

no che la crisi e le sue conseguenze restano, sullo sfondo, il principale elemento di condizionamento dell'attività di AGCM.

La crisi economico-finanziaria si è prontamente trasformata, come ben sappiamo, in crisi politica e in crisi delle istituzioni rappresentative.

È per questo che si sono ancora una volta avute tendenze ad ampliare a dismisura i compiti delle autorità indipendenti e, tra queste, soprattutto di AGCM. Basti menzionare il nuovo articolo 21 *bis* della l. n. 287 che affida all'Autorità un singolare potere di impugnazione di atti amministrativi in contrasto con la concorrenza: una norma che, tra pregi e difetti, inevitabilmente e pericolosamente carica di connotazioni oggettive la giurisdizione amministrativa, proponendo un concetto di concorrenza dai contenuti quantomeno sfuggenti.

Per altro verso, si è assistito a un ridimensionamento dell'istituto degli impegni, consolidato in una nuova disciplina regolamentare, e ad una rinnovata attenzione alla funzione sanzionatoria, predeterminata anche mediante la pubblicazione di apposite linee guida. Ma si è anche nuovamente potenziata la repressione delle pratiche scorrette, manifestando così da subito il pericolo di un *bis in idem* rispetto alle funzioni delle autorità di regolazione.

Sembrano, questi, in fondo dei tentativi di reagire al rischio identitario di cui si diceva poc'anzi, i quali si sono uniti a un significativo accrescimento dell'attività sovranazionale di AGCM, sia quella più ortodossa e in qualche misura anche necessaria del *network* europeo previsto dal regolamento n. 1 del 2003, sia quella di livello internazionale.

Nondimeno, come si diceva, la stagione della crisi determina pressioni sul ruolo dell'Autorità e richiede sempre costanti adattamenti e risposte. Si consideri, in primo luogo, il fronte del rispetto delle garanzie procedurali e sostanziali a tutela delle imprese, garanzie rilanciate dall'attenzione che oggi si presta alle prescrizioni della CEDU e soprattutto al suo articolo 6, dato che così gravi sanzioni sono socialmente ed economicamente accettabili solo al cospetto di un illecito accertato in maniera puntuale e con un adeguato quadro probatorio di supporto. In secondo luogo, si ricordi il fronte del giusto equilibrio tra diritti (e libertà) delle imprese e diritti dei consumatori, che non si può cedere alla tentazione di allargare a modelli di troppo agevole (e quindi semplicistica) visione consumeristica di tipo strettamente protezionistico che mal si addicono al senso della vigilanza *ex post* di un'autorità antitrust.

8. *Profili di armonia nella funzione unificante*

Se il percorso storico che si è cercato di riepilogare non va esente da momenti di assestamento e di vera e propria difficoltà, non v'è dubbio che ne risulti confermato che AGCM assolve a un ruolo unificante: della disciplina e dei princi-

più sulla tutela della concorrenza e del modo in cui questi principi devono interagire con gli altri che sono sparsi nell'ordinamento.

Ancora una volta, si può tentare una sintesi che distingue tra momenti di armonia in questo svolgimento e momenti di disarmonia.

Partiamo dai primi.

L'azione dell'Autorità è, ad oggi, forse il più felice esempio di integrazione tra ordinamento nazionale ed europeo e di viva (e coercibile) applicazione di principi e norme europee nel tessuto nazionale. Come si accennava poc'anzi, il *network* guidato dalla Commissione presenterà sì delle imperfezioni; ma nonostante questo esso è effettivo ed effettiva è l'attuazione diretta delle norme del Trattato nell'azione antitrust di tipo nazionale.

Tutto ciò ha reso possibile molte innovazioni, sul piano strettamente giuridico come su quello 'culturale'. Con questa sintetica e generale espressione intendo riferirmi al flusso di attività di amministrazione attiva, di *advocacy*, segnalazioni e pareri al legislatore ed ai vari regolatori, di interazione nel *network* comunitario, di iniziative scientifiche e di partecipazione al dibattito tra gli studiosi che hanno reso tangibile e viva una esperienza non solo italiana, ma davvero di livello europeo. È quel tipo di afflato di livello sovranazionale che molte volte forse è mancato, ma che in questo settore si è sviluppato ed è ben vivace. Il rinvio al successo dell'Istituzione e alle sue motivazioni, da cui si son prese le mosse in questo scritto, può aiutare a spiegare il senso di tale affermazione.

In secondo luogo, uno dei punti più significativi, vero e proprio collante di questa azione, è il procedimento seguito da AGCM e la sua disciplina.

Le regole del procedimento antitrust hanno rapidamente assunto una loro stabilità e garantito efficienza alla sua azione. Si sono integrate a perfezione nelle maglie della legge generale sul procedimento (e sulla stessa *attività* amministrativa), la l. n. 241 del 1990, e nella griglia di principi che in questa si sono fondati e grazie a questa affermati. Il d.p.r. n. 217 del 1998 è divenuto un modello per i procedimenti di tipo sanzionatorio e, per molti profili, anche il modello per il procedimento condotto dalle autorità indipendenti. In esso, in particolare, è stato lungimirante prevedere la separazione tra le funzioni istruttorie (riservate agli uffici) e quelle decisorie (proprie del collegio), al fine di fornire ogni necessaria e opportuna garanzia alla difesa.

Il sopraggiungere delle indicazioni fornite dalla CEDU e la classificazione della funzione antitrust come 'accusa penale' ai sensi dell'art. 6 della Convenzione ha trovato in questo modello e in questa separazione di compiti un quadro coerente e tale da poter essere felicemente declinato anche in questa nuova prospettiva. Del pari, il riconoscimento che nella funzione sanzionatoria il procedimento debba rispettare alcune regole particolari, come quel-

le che esigono un contraddittorio 'rinforzato', incontra una risposta efficace nel modello proprio di AGCM.

Parimenti, da ascrivere ai momenti di armoniosa attuazione della funzione unificante, ad avviso di chi scrive, è l'equilibrio complessivo raggiunto tra funzione e decisioni dell'Autorità, da una parte, e il sindacato giurisdizionale del giudice amministrativo, dall'altra parte. Il processo è adeguato contrappeso istituzionale al potere dell'Autorità. Il sindacato segue la tecnica della legittimità, il che vale a dire soprattutto quella del vaglio di proporzionalità e ragionevolezza, nel solco già tracciato dalla Corte di Giustizia nella sua giurisdizione esercitata verso la Commissione. Sicché esso non è interamente sostitutivo, ma nondimeno è effettivo e completa il percorso che la difesa delle parti iniziano in sede procedimentale per poi concludere in sede processuale. Nel corso degli anni le decisioni di AGCM e quelle del giudice amministrativo si sono saldate in un corpo di precedenti che esprimono principi piuttosto stabili e che formano un *case law* che, in questa materia, rappresenta il punto privilegiato di osservazione e studio per teorici e pratici, ancor più importante quando i poteri amministrativi sono legati all'applicazione di norme recanti concetti generalissimi e indeterminati.

L'esigenza che il sindacato sui provvedimenti sanzionatori di AGCM sia di *full jurisdiction*, così come riproposta nelle ultime indicazioni provenienti dalla Corte EDU, può dirsi soddisfatta da un sindacato effettivo, con pieno accesso al fatto, esercitato con gli strumenti della ragionevolezza e della proporzionalità (e dunque non interamente sostitutivo). E la stessa Corte ha esplicitamente riconosciuto ciò nei suoi precedenti, in special modo nel notissimo *Menarini Diagnostics c. Italia* del 27 settembre 2011.

Il tema è ovviamente molto ampio e, in verità, non sono mancate delle perplessità riguardo alla tenuta del sindacato giudiziale rispetto al canone del controllo di piena giurisdizione. Non si dimentichi, però, tra i vari argomenti che possono esser spesi che il sindacato di proporzionalità è intenso ed effettivo e abbraccia l'intero procedimento; e soprattutto non si dimentichi che, anche nel disegno datoci dalla CEDU, il processo, quale momento di completamento di eventuali imperfezioni di una funzione amministrativa di rango 'penale' resta tale: ossia è pur sempre espressione di funzione giurisdizionale imperniata sul principio dispositivo e quindi ancorata alla specifica domanda di parte. Tale domanda, nel nostro caso, corrisponde alla deduzione del c.d. vizio-motivo, che dev'essere necessariamente e puntualmente identificato dall'attore. Il processo, insomma, non è mai, né potrebbe essere una integrale ripetizione del procedimento, ché, a tacer d'altro, non è la sede adatta a compierlo per ragioni di tempo e di spazio e poi non esprime né deve esprimere quelle competenze miste giuridiche ed economiche che viceversa sono proprie del procedimento.

9. Profili di disarmonia. Rischio regolatorio e tipicità

Passiamo infine ai profili di disarmonia e ai problemi aperti. È qui che, in altre parole, si annidano i rischi per la funzione unificante di AGCM.

Il primo punto è da identificare nel pericolo che possa crescere in modo eccessivo la funzione regolatoria di AGCM.

Anzitutto, in un sistema come quello italiano che soffre di evidenti eccessi regolatori, la sola crescita di nuove regole nel tessuto economico è fenomeno che ingenera qualche preoccupazione. Nel caso di AGCM, poi, questo implica anche uno sviamento dalla funzione istituzionale (e persino 'culturale') che all'istituzione è stata assegnata dall'ordinamento nazionale ed europeo e, in definitiva, un'alterazione preoccupante delle sue funzioni. Questa tendenza, stigmatizzata in più occasioni dalla stessa giurisprudenza, si è manifestata soprattutto in occasione della sovraesposizione delle decisioni con impegni e in alcune modalità 'collettive' di applicazione della disciplina sul divieto di pratiche commerciali scorrette.

Un secondo punto, che non può dirsi in verità affatto slegato dal primo, riguarda la difficoltà di assicurare (sempre) nel giusto grado il principio di tipicità delle singole fattispecie di illecito. È essenziale il rispetto di questa regola, soprattutto in un caso come il nostro, nel quale la fattispecie non è prevista compiutamente nella norma positiva, ma si sviluppa attraverso la sequenza dei precedenti, amministrativi e giurisdizionali. La tipicità è condizione di garanzia per la difesa ed è anche una remora verso eccessi regolatori, altrimenti sempre possibili, vuoi mediante decisioni con impegni, vuoi con una diffida collegata a un caso di illecito non sufficientemente circoscritto.

Non può dirsi che questo sforzo di ricerca della tipicità sia sempre e in maniera assoluta stato fatto, né che la giurisprudenza sia stata sempre particolarmente attenta a questo aspetto.

Nondimeno esso rimane centrale e la difficoltà che si registra in una sua 'messa a punto' non è casuale.

Infatti, in questo si sconta la difficoltà sistemica di delineare il volto di un settore dell'ordinamento che, più di altri, è contaminato da esperienze giuridiche non appartenenti alla nostra tradizione. Il problema della tipicità dell'illecito (e il conseguente controllo giurisdizionale) è stato ben presente sin dalle origini della funzione di tutela antitrust ed è stato simboleggiato, nella tradizione nordamericana, nella contrapposizione tra illeciti *per se rule* e illeciti basati sulla *rule of reason*.

La difficoltà di adeguare e combinare concetti giuridici diversi, nonché concetti giuridici insieme a concetti economici, è tipica del diritto antitrust ed è, appunto, alla base di questa ricerca, non sempre soddisfatta, della tipicità.

Detto ciò, questo problema rimane sul tappeto ed anzi è centrale. È evidente che la tensione verso la tipicità e la serie di garanzie che ne discendono non può certo essere soddisfatta secondo i dettami della nostra tradizione classica, ossia con la norma positiva che esaurisce la fattispecie in ogni dettaglio. La fattispecie andrà quindi a refluire nella consecuzione dei precedenti e nella giurisprudenza 'per casi'. È un'operazione un po' lontana dall'esperienza del giurista italiano; anche se poi non così lontana, in verità, dalla storia e dalla prassi della nostra giurisprudenza amministrativa, certamente abituata ad elaborare principi, a giudicare sull'amministrazione mediante essi e infine a formare le regole del futuro mediante una progressione casistica. Il terreno su cui muoversi è questo. Si dovrà farlo con un'attenzione particolare alla ricerca della tipicità e ad una coerenza con i precedenti, con fine garantista e di valorizzazione dei principi di prevedibilità e prevenibilità dell'illecito, quest'oggi rilanciati dal dibattito sull'art. 6 CEDU.

10. (segue) Rapporto tra procedimento e processo. Analisi economica e metodo giuridico

Tornando al rapporto tra procedimento e processo, chi scrive ritiene che il problema non stia nel modello di controllo giurisdizionale ad oggi previsto. Si è già spiegato, sia pur per sommi capi, il perché di questa opinione.

Tuttavia, che un problema possa esistere è condivisibile nel complessivo equilibrio oggi vigente tra questi due poli.

Il punto critico, in verità, sta nel c.d. *path dependence*, ossia in quel comportamento che induce l'Autorità, nella larghissima maggioranza di casi, a concludere il procedimento con la conferma dell'ipotesi accusatoria formulata in sede di avvio. Questo riduce sovente il procedimento ad un percorso dall'esito scontato e finisce per dequotare, agli occhi del giudice, gli accertamenti istruttori e le conclusioni decisorie. È vero che l'atto di avvio è preceduto da una fase, di c.d. preistruttoria, talvolta anche lunga e approfondita; ma questo dato non basta a giustificare una simile prassi, che vede le parti del procedimento difendersi nella consapevolezza che, alla fine, quasi sicuramente le loro difese saranno giudicate comunque non persuasive. Il sindacato giurisdizionale diventa allora un passaggio obbligato e, nei fatti, decisivo.

Da qui scaturisce nella percezione degli attori in gioco un'inevitabile sovraesposizione del processo rispetto al procedimento, sicché è al primo e non più al secondo che si affidano le sorti della vicenda. E magari l'invocazione di un sindacato ancor più penetrante, davvero sostitutivo e persino 'ripetitivo' del procedimento.

Il che, a ben vedere, provoca uno squilibrio nei ruoli, i quali vanno invece affermati nella loro giusta dimensione: all'Autorità l'accertamento complesso

della fattispecie, con l'ausilio dell'analisi economica e con tutte le garanzie che sono dovute sia in sede procedimentale sia in sede sostanziale, quest'ultima esigendo una puntuale e coerente (con i precedenti) identificazione della fattispecie; al giudice il sindacato sul potere, munito di ogni risorsa conoscitiva necessaria e con l'ausilio dei parametri di ragionevolezza e proporzionalità.

Deve dirsi, però, che in questi anni si sono registrati alcuni segnali che paiono mostrare un'inversione di tendenza, con un tendenziale aumento dei casi, prima davvero rarissimi, nei quali l'istruttoria si è completata con l'accertamento della non esistenza della fattispecie di illecito.

Infine, un punto critico è dato dal fatto che non sempre il dialogo tra giuristi ed economisti si svolge agevolmente. L'analisi economica non può che occupare un ruolo cruciale in questa materia; deve però esser coordinata con la serie dei principi e delle regole che caratterizzano una materia come quella sanzionatoria. Valga, quindi, il richiamo al già illustrato principio di tipicità.

Nel corso di quest'ultimo decennio il c.d. *economic approach*, carico di implicazioni sostanzialistiche, spesso è apparso vincente. Si ricordano tre vicende 'maggiori': la rilevanza del *test* della SLC (*substantial lessening of competition*) nella disciplina comunitaria delle concentrazioni, a scapito del test di mera dominanza, su cui si richiama l'art. 2, par. 3, del Regolamento CE n. 139/2004 del Consiglio del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, secondo cui «le concentrazioni che ostacolano in modo significativo una concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso, in particolare a causa della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante, sono dichiarate incompatibili con il mercato comune»; la rilevanza di un criterio economico-sostanziale, accanto agli indici formali per accertare gli abusi escludenti, messo a punto nella Comunicazione della Commissione, *Orientamenti sulle priorità della Commissione nell'applicazione dell'articolo 82 del trattato CE al comportamento abusivo delle imprese dominanti volto all'esclusione dei concorrenti*, in GUUE 2009/C 45/02; la dequotazione delle intese per oggetto e la valorizzazione degli effetti anticoncorrenziali dei cartelli, su cui si richiamano le Linee guida della Commissione sulle restrizioni della concorrenza per oggetto al fine individuare le fattispecie *de minimis*.

In verità, entrambi gli approcci, quello economico-sostanziale e quello giuridico-formale, rimangono indispensabili; quel che va garantito è il giusto coordinamento tra loro. Il giusto assestamento, con ogni probabilità, può essere riassunto con la formula che riserva al primo un ruolo decisivo per la descrizione e comprensione 'interna' della fattispecie di illecito e al secondo il compito di assicurarne e dettagliarne soprattutto la cornice 'esterna'. Essendo in gioco una funzione sanzionatoria e repressiva, addirittura di rango 'penale' secondo la CEDU, è indispensabile un'applicazione del diritto antitrust che sia in li-

nea con le esigenze di garanzia sostanziale e procedimentale. Sicché i principi di prevenibilità e prevedibilità dell'illecito, ispirati dal metodo giuridico, dovranno sempre resistere a che un'analisi sostanziale di tipo economico provochi invece una sanzione di comportamenti i quali, benché in ipotesi lesivi del miglior assetto concorrenziale individuabile, non esprimano un disvalore giuridico desumibile dalla tipicità per come affermatasi nella sequenza dei precedenti e della casistica di settore.

In estrema sintesi, tipicità, prevalenza della funzione di vigilanza *ex post* sulle tentazioni regolatorie e garanzie, procedurali e sostanziali, sono i punti in cui si consolidano le sfide per l'Autorità nell'immediato futuro. E sulle quali si misurerà la continuità della sua funzione unificante.

CONSOB E POTERI COMMENDATORI DI CONFORMAZIONE E UNIFICAZIONE DEL MERCATO

Niccolò Pecchioli

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. Cenni sulla Consob e la sua evoluzione. 3. Il *proprium* della funzione di vigilanza e controllo ascrivibile alla Consob. 4. I c.d. poteri commendatori ovvero di *moral suasion* della Consob. 5. Sulla attitudine conformativa dei poteri commendatori della Consob: il bene-informazione e il presupposto di affidamento degli operatori di mercato. 5.1 Premessa. 5.2 La peculiare rilevanza del bene-informazione nel mercato mobiliare. 5.3 Il presupposto di affidamento del mercato sull'operato della Consob e sue ragioni giustificative. 6. Il problema della possibile valenza giuridica degli atti di *moral suasion* della Consob. 7. Infine: le ragioni della funzione di unificazione degli atti di *moral suasion* della Consob.

1. Premessa

Uno scritto specifico sulla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa (d'ora in avanti: 'Consob') si pone necessariamente come nuovo nel contesto delle raccolte di studi che con cadenza cinquantennale hanno fin qui celebrato l'anniversario delle leggi di unificazione amministrativa.

Tale novità, addirittura scontata in riferimento al cinquantenario, che cade in epoca pre-costituzionale, si rivela evidente anche rispetto al centenario, giacché nel 1965 l'elaborazione di giurisprudenza e dottrina sul concetto costituzionale di risparmio e di predisposizione di un organismo a sua tutela era ancora agli albori, mentre l'idea di risparmio che i Costituenti avevano in mente, e che poi hanno espresso nella redazione dell'art. 47 Cost., risultava fortemente radicata nella realtà storico-sociale del tempo. Oggi quell'idea appare irrimediabilmente superata dall'evoluzione non solo della società, ma anche della tecnica, dell'economia e della finanza, la quale ultima, sviluppando un'autonoma branca 'comportamentale', ha consentito tra l'altro di valorizzare le peculiarità del risparmiatore, riguardato nella sua ontologica irrazionalità di soggetto chiamato a compiere per definizione scelte in condizioni di incertezza.

Tutto ciò ha evidentemente inciso sulla nozione di risparmio, imponendone un ripensamento che ha condotto ad attribuire alla norma costituzionale un significato ed una portata applicativa ben diversi e più ampi rispetto a quelli presupposti in origine, consentendo, per le ragioni che si cercherà di chiarire nel prosieguo, una peculiare valorizzazione del concetto di 'affidamento' sull'operato della pubblica autorità di vigilanza.

D'altra parte, una pubblica autorità depositaria di un'attività di vigilanza che, rispondendo all'evoluzione suddetta possa considerarsi posta (anche) a specifica difesa del risparmiatore esiste solo dal 1974 (anno di istituzione della Consob), il che concreta un ulteriore elemento di novità, o comunque di originalità del tema in oggetto.

Dunque appunto tema 'nuovo', quantomeno in questo specifico contesto, ma anche tema dotato di una straordinaria attualità, essendo fin troppo noto che la crisi economica mondiale che dal 2008 attanaglia anche l'Italia ha avuto un'origine finanziaria e quindi ha coinvolto anzitutto e soprattutto il risparmio, quale prima e fondamentale risorsa per la difesa del tenore di vita: un motivo in più per ritenere che il risparmiatore non possa e non debba essere lasciato solo, ma debba anzi rinvenire nell'Autorità pubblica di vigilanza il principale interlocutore per la raccolta delle sue legittime istanze di tutela; ed un motivo in più, correlativamente, per soffermarsi su almeno taluni dei modi e dei termini con cui detta Autorità svolge il proprio ruolo nel contesto dell'unificazione amministrativa.

2. Cenni sulla Consob e la sua evoluzione

L'istituzione di Consob ad opera del d.l. 8.4.1974 n. 95, conv. in l. 7.6.1974 n. 216, fu una scelta ponderata, che giunse all'esito di un ampio dibattito svoltosi per più di un ventennio, sulla riforma delle società e della borsa, unico mercato allora esistente.

Ed invero, la marginalità di tale scelta rispetto ai grandi temi di interesse elettorale, facilitò – se addirittura non fu ciò che concretamente rese possibile – l'ideazione di una formula organizzatoria, *sub specie* di apparato amministrativo pensato per garantire correttezza e trasparenza dell'informazione nel mercato delle società e borsa, che fin da subito si distinse quale forma di intervento pubblico nell'economia di stampo meno dirigistico di quelli in uso a quel tempo, ma che anche si rivelò assai incline, come poi ha dimostrato il successivo grande sviluppo delle competenze e dei poteri attribuiti a Consob, ad affinare sempre più i propri tratti distintivi.

A questo riguardo, sono ben note le tappe evolutive che hanno segnato la crescente rilevanza istituzionale di Consob; tanto che, per rimarcare questa progressione, si è fatto riferimento in dottrina all'esistenza di ben quattro, se non addirittura cinque Consob: la prima, quella istituita nel 1974 col d.l. n. 95/1974, che assunse le competenze precedentemente attribuite al Ministero del tesoro nella regolazione dell'ordinamento della borsa; la seconda, che nacque invece dalla legge di conversione n. 216/1974 del predetto d.l., volta alle esigenze di tutela dei soci minoritari; la terza, di cui ai d.p.r. 31.3.1975 nn. 136-138, che registrò un deciso incremento dell'attività regolativa; la quarta, cioè la Consob

di cui alla l. 4.6.1985 n. 281, che attribuì alla Commissione la personalità giuridica, incrementandone l'autonomia; la quinta, chiamata ad applicare la riforma delle società quotate di cui al d.lgs. 24.2.1998 n. 58 (d'ora in avanti: "TUF").

Per la verità, l'ampliamento dei compiti e dei poteri di Consob è proseguito anche dopo l'approvazione del TUF, non foss'altro per l'impulso che proveniva dall'Unione europea, ad esempio in relazione alla necessità di prevedere una disciplina di contrasto al c.d. abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato, nonché in relazione a casi assai eclatanti di dissesto finanziario di importanti gruppi industriali italiani, tra cui in particolare di Cirio e Parmalat, che a causa dei difetti normativi del sistema non era stato possibile prevenire; donde si giunse appunto da un lato all'adozione della l. 18.4.2005 n. 62 di recepimento della direttiva 2003/6/CE, che incrementò i poteri normativi di Consob e soprattutto, dall'altro lato, alla l. 28.12.2005 n. 262, la quale investì invece la Commissione di una potestà regolatoria che spaziava dalla disciplina delle società quotate alla tutela degli investitori, con la previsione di compiti tradizionalmente non propri quali l'attuazione di un sistema di procedure di conciliazione ed arbitrato per le controversie in tema di servizi di investimento e la gestione di un apposito fondo di garanzia per gli investitori ed i risparmiatori.

Infine, merita senza dubbio un cenno la designazione di Consob quale autorità nazionale competente ai fini dell'applicazione del Regolamento CE 16.9.2009 n. 1060 relativo alle agenzie di *rating*, il che è valso l'inserimento della Commissione nel sistema di vigilanza preposto all'autorizzazione, controllo e repressione delle condotte scorrette dei soggetti abilitati all'esercizio dell'attività di *rating* (art. 4 *bis* del TUF).

3. Il proprium della funzione di vigilanza e controllo ascrivibile alla Consob

Tanto premesso sui profili evolutivi della Consob, che oggi, in ragione della ben nota sua caratteristica di autonomia dal circuito politico, ne consente l'inclusione tra le c.d. Autorità amministrative indipendenti, la funzione di vigilanza e controllo del mercato mobiliare ad essa tradizionalmente ascritta si sostanzia nell'attitudine all'esercizio di una grande varietà di poteri, di natura eminentemente normativo-regolamentare, amministrativa e sanzionatoria e ciò in nome di un'attività e 'tecnica' regolatoria, di cui quella attività costituisce espressione, la quale connota in termini peculiari il modo in cui la Consob è chiamata ad individuare e curare l'interesse pubblico cui è volta la sua funzione.

In tal senso, lo schema di riferimento ormai condiviso dalla dottrina in merito all'individuazione dei caratteri di questo interesse pubblico è quello della c.d. regolazione condizionale, nella quale l'interesse pubblico vi è, ma si configura solo come interesse 'riflesso' e mediato, dato che l'autorità amministrativa

è tenuta a vigilare sul rispetto di regole di condotta poste da una norma a carico di privati, a beneficio di altri privati.

Questa tecnica di regolazione rinviene infatti il suo presupposto in un 'tipo' di norma, definita condizionale, in quanto dotata di un contenuto prefigurante criteri di comportamento, in luogo di un risultato (cioè un interesse pubblico) da perseguire.

L'interesse pubblico si dice mediato o riflesso perché viene soddisfatto non direttamente con lo svolgimento di un'attività a ciò rivolta, ma garantendo il rispetto dei criteri di comportamento: in sintesi, la cura dell'interesse pubblico si realizza con l'esercizio di un'attività di controllo finalizzata a verificare il rispetto delle regole.

Questo schema regolatorio è posto come noto a tutela della concorrenza, la quale rappresenta un interesse pubblico affidato alle cure dell'autorità *antitrust*, nella misura in cui questa autorità riesce ad imporre il rispetto delle regole concorrenziali ai privati, a beneficio di altri privati che operano sul mercato, oltre che dei consumatori.

Sulla stessa falsariga, rispetto al campo che ci occupa, relativo alla tutela del mercato mobiliare e della qualità e correttezza delle informazioni rivolte al pubblico dei risparmiatori, è agevole rilevare che la verifica da parte della Consob, ad esempio dell'osservanza delle regole preposte alla sollecitazione del pubblico risparmio, si rivolge in favore di altri soggetti privati, quali sono da una parte i concorrenti della società emittente, dall'altra appunto i risparmiatori.

La dinamica di svolgimento della funzione regolatoria dà vita, in tal modo, ad un rapporto trilatero, giacché al tradizionale binomio che, fondandosi sull'esercizio del potere e sulla cura dell'interesse pubblico, contrappone amministrazione e soggetto amministrato, si sostituisce una diversa situazione relazionale nella quale si rileva la compresenza dell'autorità pubblica, dei destinatari del controllo, ossia dei soggetti vigilati, obbligati al rispetto delle regole, e dei beneficiari del controllo, ossia di tutti coloro che, pur facendo parte di un pubblico indistinto, possano avvantaggiarsi dalla verifica circa l'osservanza di quelle regole, dettate nel loro stesso interesse. L'equilibrio che il sistema trae dal corretto operato di chi è sottoposto alle regole, di chi ne è beneficiario e di chi ne è arbitro, rappresenta l'interesse pubblico perseguito, di cui è evidente la posizione – per così dire – sussidiaria, rispetto al modulo classico di amministrazione attiva, volta alla cura concreta ed immediata di interessi pubblici mediante l'esercizio di poteri amministrativi.

Connessa alla richiamata tecnica di regolazione condizionale è l'attività di controllo, che presenta tra i suoi tratti di specie una struttura incentrata su un giudizio di regolarità, al cui esito consegue una dichiarazione, volta a certificare l'esistenza di determinati fatti.

Secondo questa ricostruzione, il giudizio è un elemento strutturale dell'attività di controllo, ed esso si esplica tramite l'attuazione di un parametro, il cui contenuto può essere caratterizzato in via quantitativa con un termine di riferimento certo, ovvero qualitativa, richiedendo un'attività ermeneutica per la sua applicazione. In sostanza, il parametro altro non è che il dato di riferimento oggettivo intorno al quale ruota il giudizio: per rimanere all'esempio precedente, nel caso del controllo sul prospetto informativo, il parametro è evidentemente costituito dalla nozione di completezza ed attendibilità delle informazioni diffuse dalla società emittente, nozione sulla quale si incentra la verifica dell'autorità pubblica.

Tra i tratti di specie di un'autonoma attività di controllo sono altresì evidenziati gli effetti ad essa ascrivibili: quello ricondotto al sopra richiamato giudizio di regolarità è un 'effetto di certezza'. Esso consiste «nella dichiarazione, giuridicamente rilevante, di un fatto o di un evento e si pone in relazione indiretta rispetto alla facoltà del privato, che è esercitabile indipendentemente dall'effetto stesso, ma il cui esercizio è facilitato dalla produzione di certezze giuridicamente rilevanti» (Torchia, 1992).

Sul piano fenomenologico, l'effetto di certezza per il risparmiatore si produce nel senso esattamente chiarito che l'esercizio del risparmio viene 'facilitato', cioè incentivato dall'attività pubblica di controllo.

4. *I c.d. poteri commendatori ovvero di moral suasion della Consob*

Alla Consob è dunque affidata la tutela della correttezza e trasparenza di relazioni economiche per le quali svolge una funzione di arbitro, in posizione di neutralità, il che comporta, come sopra accennato, che essa deve operare avvalendosi di poteri conformativi dei rapporti interprivati, poteri che assumono in prevalenza natura normativo-regolamentare (ciò che, come rilevato in dottrina – Cerulli Irelli, 2010 – e giurisprudenza¹, si pone in relazione con l'assetto accentuatamente pluralistico dei poteri pubblici e con l'acquisita consapevolezza della loro specializzazione in funzione della tutela di interessi peculiari), natura amministrativa in senso tecnico, ovvero, laddove si richieda una reazione *ex post facto*, natura sanzionatoria.

Ebbene, se quelli sopra individuati sono i caratteri appunto e non a caso definiti prevalenti dei suddetti poteri conformativi, v'è tra essi un'ulteriore categoria – di rilievo tutt'affatto peculiare e universalmente riconosciuto in riferimento all'attività della Consob (Costi, 2010) – che si ascrive al novero dei c.d. poteri 'commendatori' (Capriglione, Montedoro, 2002): si tratta di poteri che fanno capo ad una sorta di attività 'paranormativa' (Niccolai, 1996) ovvero 'collaborativa' (Rescigno, 2001) della Consob, la quale per lo più si espli-

ca in due direzioni, cioè per un verso tramite le c.d. comunicazioni e/o raccomandazioni che pur traendo origine e ragione da situazioni particolari, vengono il più delle volte ad assumere valenza generale ed astratta in merito a regole di comportamento cui gli intermediari sono invitati ad aderire; per altro verso tramite le risposte a specifici quesiti, rese pubbliche dalla Commissione allorché ritenga che la conoscenza del proprio orientamento sulla specifica questione sia di generale interesse.

In sostanza, l'iniziativa della Consob in questi casi è riconducibile ad un'attività interpretativa, il cui scopo è quello di «fornire delucidazioni circa criptici enunciati legislativi o le silenziose minacce che si possono annidare tra le pieghe delle norme (specialmente laddove l'ordinamento abbia fatto ricorso alle clausole generali), delineando e raccomandando quindi il comportamento di volta in volta conforme ad una condotta “sana e prudente”» (Minto, 2012: 166).

Siamo dunque di fronte ad atti che non hanno una specifica cogenza né rivengono una fonte normativa di legittimazione e che quindi, nella misura in cui comunque esprimono punti di vista, prese di posizione, ‘suggerimenti’, indicazioni orientative, sono riconducibili alla c.d. *soft law* (Mostacci, 2008), della quale Eugenio Picozza, in altra parte del presente volume (v. E. Picozza, *Diritto dell'economia: strumento di unificazione*), richiamando gli insegnamenti e le intuizioni di M.S. Giannini, ha sottolineato la precipua valenza unificante.

Più esattamente, si tratta di quella che appunto Giannini ha chiamato ‘funzione di unificazione’, e che, nella declinazione che interessa in questa sede, Picozza ha espressamente ricondotto alla *soft law*, la quale consiste in un «aprontamento di disegni operativi razionali», che si sostanzia in «un'attività preliminare, avente natura conoscitiva (di studio)», in cui «ciò che ha rilievo è la sorte del disegno elaborato. Può accadere che resti un elaborato orientativo, così come che venga, a seguito di procedimenti stabiliti da norme, trasfuso in un provvedimento e divenga imperativo».

Questa ‘figura’ viene nominata da Giannini come «unificazione di azioni altrui», in cui «varia l'ampiezza dell'effetto giuridico», da intendersi con riferimento al fatto che «nella somministrazione di criteri unitari d'azione, l'autorità di unificazione impone dei criteri tecnici, che però i destinatari adattano alle proprie fattispecie nella propria responsabilità» (Giannini, 1981).

Orbene, la Consob fa grande uso dei suddetti poteri commendatori di *soft law*, talché dedicheremo ad essi il presente studio, data non solo la loro indubbia rilevanza, ma anche e soprattutto l'attitudine ad esprimere una funzione ed una finalità unificanti nel senso di cui sopra, a nostro avviso e per le ragioni che cercheremo di illustrare *infra* ben più di quanto un effetto di unificazione possa conseguire all'esercizio delle altre tipologie di poteri che quest'*Authority* è pur in grado di esercitare.

5. Sulla attitudine conformativa dei poteri commendatori della Consob: il bene-informazione e il presupposto di affidamento degli operatori di mercato

5.1 Premessa

Se, come spiegava Giannini, l'elemento qualificante dei «disegni operativi razionali» da cui muove l'attività 'paranormativa' ovvero 'collaborativa' della Consob è la somministrazione di criteri unitari d'azione, occorre anzitutto riflettere sulla effettiva possibilità di riconoscere valenza conformativa ai predetti poteri commendatori.

A questo riguardo, due sono a giudizio di chi scrive gli argomenti sui quali deve svolgersi il tentativo di ricostruzione logico-giuridica della questione, ovvero sia i) il fatto che i poteri in discorso siano strutturalmente volti a favorire la circolazione del bene-informazione, sul cui scambio poggia il *proprium*, ma anche il senso ultimo degli atti di *soft law* della Commissione e ii) l'affidamento di cui essa dispone rispetto al pubblico degli operatori a vario titolo del mercato e che legittima e garantisce la *deference* dei medesimi nei suoi confronti.

5.2 La peculiare rilevanza del bene-informazione nel mercato mobiliare

Circa il primo aspetto, appare facilmente comprensibile come l'efficienza informativa costituisca un bene irrinunciabile ed assoluto per l'operatore di mercato, perché comprime (senza tuttavia azzerarlo) il margine di incertezza che caratterizza il suo processo decisionale. Ne consegue che un'adeguata informazione riduce il rischio di errori nella percezione e valutazione della realtà, cioè, *rectius*, dell'operazione di investimento da proporre o da effettuare.

La migliore dottrina ha infatti da tempo compreso e sistematizzato l'importanza dell'informazione nel mercato finanziario. Renzo Costi ha più volte rilevato che essa riceve nell'ordinamento del mercato finanziario una disciplina speciale. Le ragioni di questa specificità sono da ricondurre essenzialmente al *carattere* dei beni scambiati sul mercato finanziario, nonché alla *rilevanza* del mercato finanziario nel suo complesso per lo sviluppo delle economie di mercato.

Al riguardo, è stato opportunamente rilevato che: «chi acquista o vende un prodotto finanziario non negozia un bene dotato di una utilità finale, di un valore d'uso e la cui definizione sia garantita sulla base di altre fonti di conoscenza. Le caratteristiche del bene sono interamente determinate dal contratto e non dalla realtà merceologica del bene stesso. [...]. I negozi aventi ad oggetto prodotti finanziari hanno ad oggetto, a loro volta, dei contratti o meglio delle situazioni giuridiche. Di qui la necessità di garantire sui prodotti finanziari un'informazione che non concerne soltanto il contenuto del contratto ma anche l'oggetto

dello stesso, ossia il prodotto finanziario oggetto della negoziazione. In altri termini [...] nell'ambito del mercato finanziario la necessità di garantire la conoscenza degli oggetti negoziati impone un grado di trasparenza che è superflua nei mercati nei quali i beni hanno una loro definizione fisica percepibile indipendentemente dalle informazioni fornite dal produttore o dal negoziatore del bene stesso» (Costi, 1990: 309).

Inoltre, il prodotto finanziario è un bene futuro, la cui concreta esistenza può essere esposta a vicende riconducibili a chi lo vende, ma incontrollabili per colui che compra. Di qui la necessità di conoscere al meglio possibile le vicende del soggetto emittente il prodotto finanziario oltre che le vicende suscettibili di incidere sulla sua effettiva consistenza.

E tuttavia, nonostante la riconosciuta importanza del bene informazione, viepiù nel mercato finanziario, la teoria economica dell'informazione è costretta a riconoscere l'endemica carenza, parlando significativamente di 'asimmetrie informative', che rimangono prive di giustificazioni nel quadro di un mercato in concorrenza perfetta (Monti, Onado, 1989), mentre diventano comprensibili laddove si evidenzia che l'ineguale distribuzione di tale bene consegue alla sua stessa natura (Grossman, Stiglitz, 1980). Esso non viene infatti spontaneamente portato all'esterno se non in forma distorta, perché le caratteristiche strutturali dell'informazione, mentre ne consentono una rigenerazione infinita, ne impediscono la limitazione di godimento al beneficiario, che si avvantaggia del bene senza che possa essergli inibito di rimetterlo in circolazione. Pertanto, il fatto che il flusso informativo sia suscettibile di essere avviato ma non arrestato, rende poco conveniente la comunicazione, risultando praticamente impossibile determinare un prezzo profittabile di scambio, col risultato che chi ha necessità dell'informazione può non riuscire ad ottenerla a causa dei costi troppo elevati (Di Amato, 2004).

Pertanto, nella misura in cui le comunicazioni e/o raccomandazioni ovvero le risposte ai quesiti da parte della Consob assolvono la funzione non solo di garantire una circolazione e diffusione di informazioni, ma altresì di ingenerare uno scambio dialettico (particolarmente evidente nello schema quesito-risposta dell'Autorità), viene a crearsi un circuito virtuoso di corrispondenze che alimenta il grado di conoscibilità e di trasparenza del mercato, favorendo il rispetto della legge, ma anche l'attitudine del sistema a soddisfare le aspettative e le esigenze dei suoi operatori.

5.3 Il presupposto di affidamento del mercato sull'operato della Consob e sue ragioni giustificative

In merito invece al presupposto di affidamento col quale gli operatori del mercato guardano all'azione del controllore pubblico, si tratta di un fatto stori-

co o – il che è lo stesso – di un dato di esperienza, nel senso che lo stato di fiducia, appunto inteso come dato fattuale, nell'operato del pubblico potere si giustifica ad avviso di chi scrive per almeno tre ordini di motivi, dei quali i primi due devono considerarsi complementari.

Il primo, caratteristico del settore finanziario, è l'elevatissimo *tecnicismo* della materia: è fin troppo evidente che, a parte le difficoltà del linguaggio, cui sarebbe forse possibile trovare rimedio, ogni operazione finanziaria contiene necessariamente dati e valutazioni tecniche che mantengono un intrinseco livello di complessità. Con riguardo ad es. allo specifico ambito del risparmio, esiste un evidente punto di frizione tra il 'risparmio come libertà', che è di tutti e per tutti, in quanto tale profondamente democratico nella sua capacità di arridere a chiunque abbia una disponibilità economica, dal più piccolo dei risparmiatori al plutocrate, e il 'risparmio come attività', in seno al quale devono trovare tutela interessi pubblici e privati, istanze sociali ed equilibri economici, che invece è assoggettato ad una disciplina tecnica, suscettibile di essere compresa solo da chi abbia appropriate competenze.

Altrimenti detto, l'esercizio della libertà in parola è un'attività complessa, al punto che, in difetto di adeguata preparazione, diviene naturale dar vita ad un rapporto di fiducia con un soggetto tecnicamente attrezzato, in grado di consentire che quella stessa libertà possa essere effettivamente esercitata. È anzi noto come lo stato di fiducia possa perfino assolvere il ruolo attribuito all'informazione, il che si verifica quando non sia del tutto rimuovibile l'asimmetria informativa, a causa ad es. della impossibilità di rendere pienamente intelligibili al risparmiatore i dati dell'operazione finanziaria.

In ogni caso, il titolare delle informazioni tecniche, ovvero chi ne effettua il controllo è inevitabilmente il depositario della fiducia dell'operatore di mercato, ed in particolare del risparmiatore, e quindi soggetto nei confronti del cui operato viene riposto un alto grado di affidamento.

Il secondo motivo alla base del fenomeno fiduciario, complementare – come detto – al primo, è legato alla 'natura' del bene. Si è già sopra ricordato come gli strumenti finanziari siano privi di consistenza merceologica e di percepibilità fisica, al punto che un presupposto necessario della loro conoscibilità è l'informazione che li riguarda, la quale deve essere sufficiente e qualitativamente adeguata a dare di questi beni una rappresentazione congrua, senza di che essi rimarrebbero sostanzialmente ignoti. È infatti esclusa ogni possibilità che in difetto di un appropriato supporto informativo il prodotto finanziario sia conoscibile autonomamente dal potenziale acquirente, non soccorrendo in tal senso alcuna percezione sensoriale o riferibilità immediata alla sua redditività (che è una variabile futura).

La centralità, e si potrebbe forse meglio dire l'esclusività dell'informazione nel consentire che il bene-strumento finanziario sia conoscibile, attribuisce per-

ciò piena e totale rilevanza al ruolo di chi detiene l'informazione, come di chi la controlla, dovendosi presumere che si tratti necessariamente di soggetti edotti circa la natura e le caratteristiche di tutti quei prodotti circolanti nel mercato finanziario, cui si riconnetta un prestabilito regime informativo.

Va da sé che questa presunzione di conoscenza, pur non implicando alcuna certezza o garanzia in ordine alla redditività delle scelte, legittima l'affidamento dei beneficiari dell'informazione sul corretto operato di coloro che ne sono detentori qualificati, in virtù di un'attività professionale o della qualità di regolatori pubblici.

Il terzo motivo cui si riconnette l'affidamento come fatto storico è di ordine psicologico, perché risiede nella istintiva devozione riservata al *dictum* dell'Autorità'.

A seguito di un celebre esperimento condotto nel 1961 presso i locali dell'*Interaction Laboratory* dell'Università di Yale, Stanley Milgram verificò, giungendo a risultati sorprendenti, l'attitudine umana all'obbedienza acritica, quando non addirittura pedissequa, al soggetto investito di autorità. Più esattamente, egli ha dimostrato che l'impulso verso l'obbedienza agli ordini dell'autorità è in grado di oltrepassare i conflitti di coscienza, arrivando a prevalere anche sulla personale riprovazione ad infliggere sofferenze agli altri. La tesi ha, come noto, ricevuto una pluralità di applicazioni interpretative e, per quello che qui interessa, risulta certamente utile a comprendere i meccanismi psicologici che sovrintendono ad un contesto organizzativo pubblico in cui è presente ed opera un sistema di autorità istituzionale.

Nel rapporto fra l'autorità pubblica di vigilanza e l'operatore sul mercato finanziario non vi è ovviamente un profilo di organizzazione gerarchica, ma solo l'avvertita presenza di un soggetto (l'autorità pubblica) legittimamente preposto al compimento di attività di regolazione e vigilanza del settore. Ciò vale a collegare all'autorità il ruolo di fonte del controllo sociale in quello specifico contesto e quindi l'attitudine all'obbedienza, che nasce dal riconoscimento e dall'accettazione di quel ruolo.

Il meccanismo psicologico attraverso cui si compie questa sorta di statuto ontologico dell'autorità è quello che Milgram ha chiamato «stato di eteronomia», il quale, contrapposto allo stato di autonomia, si esplicita nella tendenza a conformare il proprio comportamento all'ordine ricevuto ovvero al modello rappresentato dall'autorità, lasciando a quest'ultima di definirne il significato.

Ciò avviene in ragione di un «abbandono ideologico» in seno all'autorità che, se costituisce la principale base conoscitiva dell'obbedienza, disvela anche l'affidamento che in essa viene riposto, una volta che ne sia stato accettato il ruolo.

È questa la ragione per cui Milgram ha potuto affermare che «la relazione fra autorità e soggetto non può essere concepita come un rapporto in cui una

figura coercitiva obbliga un subordinato a compiere certe azioni contro voglia. Dal momento in cui il soggetto accetta la definizione della situazione proposta dall'autorità, egli finisce coll'adattarsi di buon grado» (Milgram, 1975: 187).

L'attitudine all'obbedienza sarebbe in tal senso più che l'espressione di una relazione rigidamente gerarchica (nella quale l'accettazione dell'autorità è imposta, richiedendosi per liberarsene un atto di ribellione), la manifestazione di una relazione fiduciaria, nella quale l'accettazione del ruolo dell'autorità sembra implicare un atto di disponibilità, se non di volontà. In ogni caso, il rapporto tra autorità e soggetto appare contraddistinto dall'abdicazione all'autonomia decisionale del secondo.

D'altra parte, la 'disobbedienza', in difetto di resistenze forti (come possono essere i conflitti di coscienza), è altamente improbabile, perché il mutamento eteronomico fa sì che il soggetto non si senta responsabile del contenuto delle sue azioni. Più esattamente, il soggetto tende ad effettuare un trasferimento della responsabilità da se stesso all'autorità, cui è attribuita la ragione ultima della condotta posta in essere. È anzi questo un fenomeno che con tutta probabilità contribuisce a spiegare, insieme ad altre cause, l'affidamento nel ruolo autoritario.

Se quindi, recuperando il filo principale del nostro discorso, esistono ragioni che giustificano il precipuo affidamento di cui gode la Consob nei confronti degli operatori del mercato, gli atti di *soft law* con cui essa si esprime, oltre che valere alla diffusione virtuosa di informazioni nel senso sopra chiarito, consentono altresì di attribuire ai suoi *dicta* un'aura di riconosciuta autorevolezza e soprattutto credibilità, che garantiscono una specifica opera di *moral suasion* e quindi il prodursi di una normativa in qualche modo vincolante nell'ottica dell'uniformità, e dunque dell'unificazione di quei criteri unitari di azione cui si riferiva Giannini.

6. *Il problema della possibile valenza giuridica degli atti di moral suasion della Consob*

Non v'è dunque dubbio che esista un effetto conformativo dei poteri commendatori di Consob che nasce anzitutto dalla stessa *ratio* sottesa al loro esercizio, ovvero sia favorire una circolazione virtuosa del bene-informazione entro un contesto peculiare quale è il mercato finanziario, in cui tale bene gode di una particolare rilevanza e fruisce di una speciale disciplina; in secondo luogo viene in rilievo la posizione istituzionale dell'*Authority*, quale soggetto preposto ad una funzione di vigilanza e controllo sul mercato mobiliare che vale ad attribuirle un precipuo capitale in termini di autorevolezza, credibilità e quindi, attitudine a generare un legittimo affidamento tra gli operatori di quello stesso mercato al cui regolare e trasparente funzionamento è legata la sua *mission*.

Tuttavia, sarebbe certamente riduttivo limitare a questi aspetti la riflessione critica e quindi concludere che l'effetto conformativo in parola si giustifichi solo in ragione dei suddetti, pur importanti tratti di specie.

In realtà, la capacità pratica di condizionamento degli atti commendatori della Consob ha frequentemente indotto a riflettere se essi avessero anche una valenza più strettamente giuridica, soprattutto con riguardo al loro frequente utilizzo come strumenti di integrazione normativa o anche di incidenza sulla sfera soggettiva di specifici ed individuati destinatari.

La prevalente dottrina (per gli opportuni richiami: Romagnoli, 2012), conformemente alla ridetta natura di *soft law* di tale categoria di atti, tende ad escludere la loro cogenza e – a guardar bene – ciò invero consegue dalla semplice e perfino banale constatazione che se si tratta di atti di *soft law*, essi non possono per definizione avere natura regolamentare, pur quando siano caratterizzati da un contenuto generale ed astratto, né natura amministrativa, quando invece il loro contenuto sia puntuale. Del resto, se detti atti fossero travolti da quel «fiume carsico» (Morbidelli, 2007), rappresentato nel nostro ordinamento dai c.d. poteri impliciti, essi dovrebbero essere ricondotti all'una categoria (atti normativi) o all'altra (atti amministrativi)² e quindi cesserebbero di essere manifestazione di *soft law*.

Tuttavia, quel che non può essere trascurato, proprio anche dal punto di vista strettamente giuridico, è che, come sopra rimarcato, si tratta di atti che muovono da un presupposto di affidamento circa la correttezza dell'operato dell'Autorità.

Ed infatti, a fronte come si diceva di un approccio prudente e comunque critico della dottrina, che in prevalenza rimarca come dagli atti commendatori di Consob non possa desumersi alcun indice circa la loro vincolatività giuridica, la giurisprudenza, nelle non frequenti occasioni in cui si è espressa sull'argomento, ha assunto un approccio più aperto alla valorizzazione delle istanze di tutela di quei soggetti che si trovano sottoposti all'influenza dell'Autorità, proprio in nome del principio di affidamento che la posizione istituzionale di Consob legittimamente ingenera negli operatori di mercato. A tal riguardo, tra i suddetti casi merita di essere segnalata la sentenza Liverpool, con cui il TAR del Lazio ha preso una importante (non la prima, ma una delle più chiare ed argomentate) posizione sulla impugnabilità degli atti commendatori di Consob³.

La sentenza è degna di rilievo perché contiene affermazioni che individuano quantomeno talune delle attività di *moral suasion* dell'Authority quali atti di «supremazia pubblicistica» a cui, per la capacità di condizionamento di cui sono espressione, si correla la produzione di quelle che vengono definite 'certezze notiziali' in capo agli operatori di mercato. Questi ultimi, che ripongono per tutte le ragioni sopra illustrate un legittimo affidamento nell'operato dell'Autorità, sono infatti talmente indotti ad agire secondo le indicazioni di quest'ultima da

risultarne sostanzialmente vincolati, con contestuale azzeramento della loro autonoma facoltà decisionale: donde la ritenuta lesività e quindi possibilità di impugnazione degli atti predetti: «Si tratta, difatti, di manifestazioni di giudizio, racchiudenti per lo più valutazioni di discrezionalità tecnica, che pur non avendo, di solito, una forza giuridica tale da abilitarle a conformare in modo cogente la sfera degli operatori, hanno comunque, in ragione del loro contenuto di accertamento, una propria peculiare capacità di incidenza sui rapporti economici. Assistite da una presunzione di legittimità di particolare spessore, in ragione della competenza tecnica dell'organo da cui promanano, esse esprimono un punto di vista qualificato ed imparziale che esplica proprio la funzione prevista dalla legge (art. 91 del T.U.F.) di tutelare l'investitore, orientandolo: creano, quindi, una certezza giuridica di tipo notiziale che però, nel peculiare contesto in cui è destinata a circolare, il quale deve rendere possibili transazioni e decisioni con la necessaria rapidità e continuità, presenta la caratteristica di essere giuridicamente affidante (nel senso che gli operatori e gli investitori sono autorizzati a riporvi affidamento), alla stessa stregua di quanto accade nella comune vita sociale per le certezze legali assistite da fede privilegiata (che sono annoverate dalla dottrina, non a caso, tra le manifestazioni dell'autorità, per quanto suscettibili anch'esse di dissolversi in caso di un difforme accertamento giurisdizionale). Nella creazione di informazione e conoscenza rivestita di un certo grado di sicurezza in funzione dell'affidamento e dell'orientamento degli operatori sta, quindi, la efficacia giuridicamente rilevante di simili atti» (TAR Lazio, Sez. I, n. 10709/2002).

Invero il ragionamento dei Giudici non è pienamente convincente, perché se da un lato è ben comprensibile (e difficilmente contestabile) che la forza dell'affidamento legittimamente indotto nel corretto operato della Consob possa arrivare a condizionare il comportamento dell'operatore di mercato fino al punto di azzerarne – quantomeno di fatto – le autonome facoltà decisionali, è altrettanto vero dall'altro lato che non ad ogni atto rientrante nella categoria della *moral suasion* può essere accordata siffatta attitudine vincolante, ché, altrimenti, questa stessa categoria non avrebbe più ragione di esistere. Per la verità, la giurisprudenza tende a richiedere, come si è visto, che nella fattispecie ricorra una situazione di «supremazia pubblicistica», la quale si sostanzierebbe nell'esercizio da parte di Consob della funzione di vigilanza: in altri termini, non qualunque generico pronunciamento, ma solo atti che costituiscano esercizio della funzione in senso tecnico sarebbero suscettibili di indurre quella situazione di affidamento da cui inferire la vincolatività giuridica del singolo atto atipico. Tuttavia non è chiaro il riferimento alla funzione di vigilanza: esistono forse casi in cui la Consob emetta solo un *flatus vocis* (per citare l'espressione utilizzata dal TAR Lazio al fine di escludere il ricorrere della vincolatività in questione) o piuttosto

sto si deve ritenere che ogni informazione che essa diffonde costituisca comunque esercizio di tale funzione, tenuto conto della valenza centrale – che va qui opportunamente ribadita – che la risorsa dell'informazione riveste ai fini della fisiologia delle dinamiche del mercato mobiliare? Non si dimentichi, infatti, che il funzionamento di tale mercato presuppone la diffusione di informazioni complete ed attendibili, essendo proprio sulle informazioni disponibili che gli investitori orientano i propri comportamenti e basano le proprie decisioni.

In verità, le incertezze classificatorie che emergono da questa pronuncia, come invero ed in generale dalla giurisprudenza allorché si è espressa in argomento, tradiscono le forzature interpretative che si celano dietro il ragionamento apparentemente garantista: come ha avvertito un'attenta dottrina (Capriglione, Montedoro, 2002), il problema della efficacia giuridica da assegnarsi agli atti commendatori non può in realtà prescindere da un'analisi casistica (il che rappresenta un elemento di debolezza, denotando l'assenza di regole di sistema), per cui il profilo della loro impugnabilità deve tener conto dei rischi cui soggiace chi disattenda le indicazioni per lui sfavorevoli, ad es. in termini di presumibile, consequenziale avvio di un procedimento sanzionatorio (Romagnoli, 2012).

Tutto ciò, ferma comunque restando la persistente validità del monito a ricondurre anche la *nouvelle vague* delle amministrazioni di regolazione e garanzia al fondamentale principio di legalità, superando le tentazioni (non a caso espressamente imputate alla giurisprudenza) a considerare quest'ultimo cedevole di fronte ai 'miti' della concorrenza, della regolazione del mercato e dei servizi, dell'effetto utile, dell'efficienza, della partecipazione, attesa l'esistenza del muro invalicabile costituito dalla necessità della determinazione in sede legislativa dell'oggetto del provvedimento e dei suoi specifici effetti, che non possono certo essere desunti da valori o altro, ma richiedono una apposita tipizzazione (Morbidelli, 2007).

7. Infine: le ragioni della funzione di unificazione degli atti di moral suasion della Consob

A questo stadio di analisi del tema oggetto di studio, è dunque finalmente possibile evidenziare come ed in che termini esso assolva una funzione di unificazione, nel senso chiarito in apertura; il che, oltretutto, consentirà altresì di comprendere il significato del presente lavoro nel contesto sistematico al quale è destinato.

Introducendo l'argomento, si è significativamente rimarcato come gli atti di *moral suasion* della Consob si inquadrino nell'ambito di una sua attività specificamente 'collaborativa', posto che si tratta di un'opera di fondamentale contribuzione alla regolarità, certezza e trasparenza del mercato mobiliare per la va-

lenza interpretativa di norme ed orientativa dei comportamenti degli operatori, al punto che taluno ha funzionalmente assimilato questa tipologia di interventi dell'Autorità alle pronunce giurisprudenziali, con cui condividerebbero il compito di integrazione e specificazione dei precetti normativi, nonché finanche l'attitudine a creare un paradigma suscettibile di generalizzazione e quindi di applicazione alla stregua di una regola giuridica (Serio, 2008).

Quel che è certo, peraltro, è che la Consob dispone di una importantissima rendita di posizione, in un duplice senso.

Infatti, anzitutto svolge la propria attività orientativa, con gli atti commendatori in cui questa si sostanzia, muovendo da una situazione di vicinanza, ed anzi quasi di 'compromissione' (da intendersi come estrema prossimità, e quindi con piena salvezza della 'neutralità' della funzione) con il mercato. Ciò quindi le consente, atteso il suo ruolo istituzionale ed i poteri che le sono attribuiti, di essere sempre in stretto collegamento con gli operatori e di raccogliere con la massima tempestività (almeno in teoria) gli umori, le informazioni, le incertezze che provengano dal mercato. Essa vanta dunque una collocazione spaziale privilegiata in termini di prossimità al mercato, onde poter assicurare la massima reattività – e reattività – dinanzi alle singole congiunture finanziarie⁴.

In secondo luogo, la posizione di vantaggio della Consob dal piano spaziale trascorre al piano temporale, poiché la sua attesa reattività può misurarsi anche nei termini della possibilità di rilevare con prontezza e sollecitudine, attraverso la propria opera esegetica, i problemi e le esigenze applicative indotti dalla spesso incontrollata produzione normativa del mercato finanziario (di «alluvione delle leggi», il più delle volte indotta dalla necessità di star dietro all'evolversi dell'economia e dei mercati, parlava significativamente autorevole dottrina (Minervini, 1992).

In tal senso, è stato rimarcato in dottrina come il pronunciato attivismo normativo nel settore finanziario possa causare un effetto di «fotografia mossa», *sub specie* di divario tra norma e giurisprudenza, giacché i termini di produzione di quest'ultima rischiano di pregiudicarne il valore interpretativo, siccome incidente su una realtà non più in essere; talché l'attività collaborativa della Consob, potendo svolgersi con modalità snelle (quali sono quelle per lo più informali che sovrintendono all'azione di *moral suasion*) e tempestive, stante la prossimità istituzionale di Consob al mercato, è in grado di fornire a quest'ultimo le risposte che chiede in termini di regole e di loro interpretazione più e meglio della giurisprudenza, e ciò anche nel senso che la collocazione privilegiata della Commissione, sia in termini spaziali, sia in termini temporali, non solo riduce il rischio dell'effetto «fotografia mossa» (Minto, 2012), ma permette altresì di operare in prevenzione dei conflitti.

Infine, un ulteriore elemento da considerare in merito all'attitudine unificante degli atti commendatori di Consob attiene alla procedura seguita per l'a-

dozione di quelli fra tali atti (si tratta normalmente di comunicazioni) che contengano orientamenti interpretativi, quindi a contenuto generale ed astratto, rispetto ai quali sia quindi più intenso l'effetto di condizionamento del mercato, stante la loro valenza 'paranormativa'.

Premesso, a questo riguardo, che la pubblicazione delle comunicazioni normalmente avviene sia nel Bollettino, sia nel sito *web*, prima di giungere a tale risultato la Commissione dà corso ad una vera e propria procedura di *notice and comment* (Morettini, 2011), per cui una bozza della proposta di comunicazione viene inserita nel sito Internet al fine di sottoporla alle osservazioni dei soggetti interessati, che dispongono di un determinato termine entro il quale far pervenire commenti e proposte di modifica da apportare al testo. A loro volta, anche le osservazioni degli interessati, trasmesse via mail alla Commissione, vengono pubblicate online, onde assicurare in tutte le fasi del processo formativo dell'atto la massima trasparenza e conoscibilità *ab externo*. Al termine del periodo di consultazione la Consob replica alle osservazioni e argomenta alla luce delle medesime circa l'opportunità o meno di apportare le modifiche indicate ovvero in ipotesi di rinviare l'adozione della comunicazione, in caso sia emerso dall'attività di consultazione pubblica che essa in realtà non risponde adeguatamente alle effettive esigenze degli operatori del mercato in quel preciso momento storico.

La Consob è l'autorità amministrativa indipendente che meglio e più diffusamente di tutte segue questo schema di *notice and comment*, tanto che, in certi casi, le modifiche e l'integrazione alla bozza di comunicazione apportate dalla Commissione per accogliere le osservazioni dei soggetti consultati sono state così rilevanti «da poter intravedere, nell'adozione di questi atti di *soft law*, quasi un meccanismo procedurale di co-decisione tra regolatore e regolati» (Morettini, 2011: 29).

Emerge dunque dalle superiori considerazioni come il *proprium* degli atti commendatori di Consob, in particolare quando rechino un contenuto generale ed astratto, sia costituito da questa speciale attitudine a creare una comunicazione virtuosa, una 'rete' di scambio tra la medesima Consob e gli operatori del mercato, i quali tutti risultano chiamati a cooperare nella stessa direzione dell'efficienza e trasparenza del sistema finanziario, fermo naturalmente restando il ruolo istituzionale di guida e supervisione spettante all'Autorità. In un certo senso, è come se l'affidamento di cui quest'ultima gode presso gli investitori e risparmiatori e che, come si è visto, deve ritenersi pienamente legittimato dall'ordinamento, valesse a creare una relazione *orizzontale* tra tutti gli attori dell'arena, relazione da cui promana un effetto di conformazione diffusa e quindi di 'pacificazione', se è vero, come ha avvertito un'autorevolissima dottrina (Irti, 2000) che l'esercizio della libertà economica, sancita dall'art. 41 comma 1 Cost., rappresenta lo statuto normativo di un conflitto, che impone l'uguaglianza e la 'parità delle armi' tra i contendenti.

Infatti, sul piano soggettivo, impostare il problema qualificatorio della libertà economica in termini di uguaglianza e parità delle armi postula che tutti coloro che operano sul mercato, quindi appunto l'Autorità pubblica di vigilanza che quel mercato deve conformare, ma ovviamente anche i vari operatori economici, devono considerarsi protagonisti attivi dell'arena. Ciò in quanto, se vi fosse chi è solo spettatore, questi rimarrebbe automaticamente estraneo al gioco, potendo, al più, svolgere un ruolo di fruitore meramente esterno, e quindi passivo.

Non vi sarebbero così né un'esigenza di uguaglianza, né un'esigenza di parità delle armi nei suoi confronti, perché l'estraneità al conflitto esclude l'ottica relazionale, e quindi il bisogno sia di un rapporto paritario, sia dei mezzi (le 'armi') per farsi valere.

Sul piano oggettivo, parlare di uguaglianza e parità delle armi implica la riconduzione delle facoltà inerenti l'esercizio di detta libertà ad una questione di 'scelta': l'agente del mercato, qualsiasi agente del mercato, in tanto può assumere l'iniziativa economica costituzionalmente garantita, in quanto disponga di una libertà di scelta.

Quest'ultima asserzione è importante perché richiede, implicitamente, che il modulo organizzativo del mercato sia idoneo a garantire, e – ancor prima – a prospettare detta libertà di scelta, per le imprese che intendono proporre i loro prodotti finanziari, e per gli investitori e risparmiatori, cui spetta invece di farsi giudici e fruitori di quei prodotti.

In questa ottica, la funzione di *moral suasion* svolta dalla Consob, per le ragioni e con le modalità sopra chiarite, può farsi artefice di un circuito di relazioni orizzontali, che a ben vedere costituisce la trama proprio di quella funzione di unificazione di cui parlava Giannini; e – si badi bene – assai più di quanto questo stesso effetto possa prodursi nel contesto dell'attività conformativa che avviene per il tramite di atti normativo-regolamentari in senso proprio, giacché in tal caso è evidente che ci troviamo di fronte ad una relazione non più orizzontale ma rigorosamente verticale tra Autorità e soggetto vigilato, talché i 'criteri unitari di azione' in cui si sostanzia la predetta funzione di unificazione si irrigidiscono nella somministrazione non più di 'criteri', ma di precetti, mentre l'unitarietà si riduce a unità e l'azione diviene coazione.

Note

- ¹ V. proprio in relazione al potere regolamentare della Consob, Cass., Sez. I, 26 maggio 2009 n. 12138, ove significativamente si legge: «con l'art. 13 del regolamento 1991/5387, la Consob, disciplinando – nell'esercizio del potere, attribuitole dalla legge, di determinare le regole di comportamento delle società di intermediazione mobiliare – fattispecie non direttamente prese in considerazione dalla norma primaria di riferimento, ha delineato una disciplina che non si pone *contra legem*, ma si configura *praeter legem*, così provvedendo a colmare quegli spazi lasciati vuoti dalla legge, proprio perché demandati alla normativa regolamentare. In tal modo la Consob ha esercitato la potestà regolamentare propria delle autorità amministrative indipendenti, che non mira soltanto a precisare in dettagli tecnici il contenuto di regole di comportamento fissate in linea generale dalla legge, ma è funzionale ad un'esigenza di ampia regolamentazione di settori operativi, da svolgersi nel quadro dei principi generali stabiliti dalla normativa primaria, ma con larghi margini di scelta discrezionale, così da poter disciplinare autonomamente materie aventi dignità legislativa ma non trattate dalla legge e realizzare, in tal modo, una funzione integratrice delle fonti primarie».
- ² Sul punto, è ben noto che mentre una lettura 'finalistica' dei poteri regolamentari delle Autorità indipendenti che ne consenta un'estensione per implicito è ammissibile, tanto più stante il presupposto dell'obbligo di motivazione degli atti normativi ai sensi dell'art. 23 della l. 262/2005, non così è per i poteri provvedimentali, per i quali non è sufficiente una predeterminazione delle finalità, risultando necessaria anche la tipizzazione di quel potere estrinsecatosi nell'adozione della singola manifestazione di volontà amministrativa (Morbidelli, 2007).
- ³ Trattasi di TAR Lazio, Sez. I, 26 novembre 2002 n. 10709, confermata da Cons. Stato, Sez. VI, 11 luglio 2003 n. 4142. La questione in punto di fatto era notevolmente complessa e può essere solo sinteticamente riassunta come segue. La ricorrente, società denominata The Liverpool Limited Partnership, azionista di minoranza di Fondiaria, rivolgendosi al TAR Lazio deduceva che: il 1° luglio, la società SAI si accordava con Montedison per l'acquisto da parte della prima di 111,5 milioni di azioni ordinarie (pari a circa il 29% del capitale ordinario) di La Fondiaria Assicurazioni; l'operazione prevedeva l'immediato trasferimento in capo a SAI di circa il 7% del capitale votante di Fondiaria (26 mln di azioni), mentre il trasferimento del restante 22% del capitale (85,5 mln di azioni) era «condizionato unicamente al rilascio delle prescritte autorizzazioni Isvap e Antitrust»; SAI, inoltre, si impegnavano, per il caso non fossero ottenute le dette autorizzazioni, a procurare un acquirente alle medesime condizioni e a versare a Montedison, a fronte di detto impegno, l'importo di 500 miliardi di lire a titolo di caparra; la CONSOB, con comunicato stampa del 10 agosto 2001, rilevava che le modalità con le quali era avvenuta la transazione facevano desumere l'esistenza di un patto parasociale tra SAI e Mediobanca (all'epoca dei fatti azionista di maggioranza di Montedison, nonché titolare di una partecipazione pari al 14% di Fondiaria), finalizzato ad attribuire ad entrambe, congiuntamente, una posizione di controllo in Fondiaria; sulla base di queste considerazioni la Consob affermava che se e quando fossero state rilasciate le predette autorizzazioni, in capo a Mediobanca e a SAI sarebbe sorto un obbligo solidale di offerta pubblica di acquisto (OPA) ai sensi degli artt. 106 e 109 del TUF; in data 31 dicembre 2001 l'Isvap negava l'autorizzazione alla quale era subordinato il trasferimento del residuo 22% del capitale di Fondiaria; in ragione di ciò Montedison in un primo momento manifestava l'intento di recedere dal contratto concluso con SAI incamerando il suddetto importo di caparra, e sottoscriveva un accordo con Toro Assicurazioni s.p.a. per il trasferimento a quest'ultima della partecipazione in questione; in quella sede, peraltro, Montedison si riservava il diritto di sciogliersi da quest'ultima stipula se entro 30 giorni la SAI avesse procurato altro acquirente della quota azionaria oggetto del contratto del 1° luglio 2001; alla scadenza di tale termine SAI comunicava a Montedison di aver raggiunto accordi con terzi possibili acquirenti, i quali per il suo tramite formulavano un'offerta irrevocabile di acquisto del 22% di Fondiaria, suscettibile di

accettazione da parte di Montedison entro la data del 13 febbraio 2002, e subordinata alla restituzione della caparra a suo tempo versata da SAI; il successivo 13 febbraio Montedison accettava le proposte di acquisto dei sopravvenuti investitori; nei giorni immediatamente successivi SAI raggiungeva accordi con altri due investitori, aventi ad oggetto la vendita della propria partecipazione residua in Fondiaria (7%). Ora, poiché la conclusione della vicenda, e soprattutto i tempi e le modalità con cui vi si era giunti, potevano ingenerare il dubbio che i sopravvenuti investitori avessero acquistato le azioni di Fondiaria in nome proprio ma per conto di SAI, da più parti (ed anche dalla ricorrente) era stato invocato l'intervento chiarificatore della CONSOB. Con comunicato stampa del 17 maggio 2002 la Consob riteneva di portare a conoscenza del mercato i seguenti elementi e valutazioni: «Dalle informazioni e dalla documentazione acquisite risulta che, anche nell'ipotesi in cui si volesse ritenere che i cinque [sopravenuti] investitori abbiano acquistato il 29,9% circa delle azioni Fondiaria in nome proprio ma per conto della SAI non vi sarebbero comunque i presupposti per l'obbligo di OPA, in quanto dall'istruttoria condotta sono emersi elementi di fatto che inducono a ritenere non più vigente il citato patto parasociale tra Sai e Mediobanca, né altri patti rilevanti ai sensi dell'art. 122 TUF». «In particolare, nell'ambito di un contesto significativamente modificato rispetto al luglio 2001, in cui Mediobanca, secondo l'opinione della Consob allora espressa, ha utilizzato la possibilità di concordare con Sai l'acquisto da parte di quest'ultima della partecipazione di controllo in Fondiaria, in quanto era ancora l'azionista di riferimento di Montedison, si è constatato che il ruolo di Mediobanca nella vicenda in esame si è modificato. Più precisamente, non sono emersi elementi per far ritenere che con riguardo al trasferimento delle azioni Fondiaria ai predetti investitori, Mediobanca abbia continuato ad agire in concerto con SAI. Il successivo comportamento di Mediobanca riscontrato nella vicenda sembra, invece, coerente con il suo ruolo di azionista di maggioranza relativa di Fondiaria». La società Liverpool chiedeva dunque l'annullamento della determinazione esternata da Consob col richiamato comunicato stampa del 17 maggio 2002 in merito alla sopravvenuta insussistenza dell'obbligo solidale di offerta pubblica di acquisto *ex* artt. 106 e 109 del TUF sulla totalità delle azioni ordinarie di Fondiaria da parte di Mediobanca e SAI e con la quale era altresì stata revocata la precedente determinazione del 10 agosto 2001. Domandava quindi il risarcimento del danno asseritamente cagionato dalla condizione di grave incertezza venutasi a creare, anche in ragione della presunta inerzia dell'organo di vigilanza, successivamente alla conclusione tra Montedison e SAI, in data 1 luglio 2001, dell'accordo avente ad oggetto la cessione di 111,5 milioni di azioni ordinarie de La Fondiaria. Il TAR del Lazio, pur riconoscendo l'illegittimità della determinazione Consob impugnata, per talune modalità di esercizio dei poteri di vigilanza, ha rigettato la pretesa risarcitoria sull'assunto, essenzialmente, della mancanza dell'elemento soggettivo, ossia della possibilità di imputare all'organo di vigilanza qualsivoglia comportamento contraddistinto da colpa e, *a fortiori*, da dolo.

⁴ Per il che, sia ben inteso: *mutatis mutandis*, la Consob sotto questo profilo sembra incarnare la stessa logica di allocazione delle competenze e delle funzioni al livello di governo più prossimo a quello dei beneficiari, che presiede al principio costituzionale di sussidiarietà verticale.

Riferimenti bibliografici

- Amato G. 1992, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*: 7 sgg.
- Antoniazzi S. 2005, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino.
- Cafagno M. 1996, *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Fini pubblici e reazioni di mercato*, Giuffrè, Milano.
- Capriglione F., Montedoro G. 2002, *Società e borsa (Commissione nazionale per le)* (voce), in *Enc. dir.*, agg. VI, Giuffrè, Milano: 1022 sgg.
- Carbonetti F. 1988, *Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob)*, in *Enc. Giur. Treccani* (voce), vol. VII, Istituto Encicl. Italiana, Roma: 1 sgg.
- Cassese S. 1994, *La Commissione Nazionale per le Società e la Borsa – Consob e poteri indipendenti*, in *Riv. soc.*: 412 sgg.
- Cassese S., Franchini C. (a cura di) 1996, *I garanti delle regole*, il Mulino, Bologna.
- Cera M. 1986, *La Consob*, Giuffrè, Milano.
- Cerulli Irelli V. 1994, *La vigilanza 'regolamentare'*, in *Mondo banc.*, 6: 34 sgg.
- 2010, *Sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti*, in M. D'Alberti, A. Pajno (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, il Mulino. Bologna.
- Costi R. 1990, *Informazione e mercato finanziario*, in *L'informazione nell'economia e nel diritto*, suppl. al n. 1, gennaio-febbraio: 309 sgg.
- 2010, *Il mercato mobiliare*, Giappichelli, Torino.
- Di Amato A. 2004, *Il danno da informazione economica*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- Francario F. 1999, *Sulla riforma del sistema di vigilanza sul mercato dei valori mobiliari*, in *Dir. amm.*, 1: 143 sgg.
- Giannini M.S. 1981, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano.
- Grossman J., Stiglitz M. 1980, *On the impossibility of informationally efficient market*, in *American Economic Review*: 70 sgg.
- Irti N. 2000, *La concorrenza come statuto normativo*, in N. Lipari, I. Musu (a cura di), *La concorrenza tra economia e diritto*, Laterza, Roma-Bari: 59 sgg.
- Marzona N. 1988, *L'amministrazione pubblica del mercato mobiliare*, Cedam, Padova.
- 1992, *La tutela del risparmiatore: posizione soggettiva o interesse pubblico?*, in *Nuova giur. comm.*, I: 839 sgg.
- Merusi F. 1980, *Sub art. 47*, in G. Branca (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, t. III, Zanichelli, Bologna-Roma: 153 sgg.
- 1996, *Vigilanza e 'vigilanze' nel Testo Unico*, in F. Capriglione et al., *Il Testo Unico bancario: esperienze e prospettive*, Bancaria Editrice, Roma: 99 sgg.
- Milgram S. 1975, *Obbedienza all'Autorità*, Bompiani, Milano.
- Minervini G. 1992, *Il controllo del mercato finanziario. L'alluvione delle leggi*, in *Giur. Comm.*, I, 5.

- Minto A. 2012, *Brevi riflessioni sul rapporto tra precedente giurisprudenziale e funzione 'paragiudiziale' dell'autorità amministrativa nella disciplina dei mercati finanziari*, in *Ricerche Giuridiche*, I (1), parte II, Ed. Cà Foscari, Venezia.
- Monti E., Onado M. 1989, *Il mercato monetario e finanziario in Italia*, il Mulino, Bologna.
- Morbidelli G. 2007, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. Amm.*, 4: 703 sgg.
- Morettini S., *Il soft law nelle Autorità indipendenti: procedure oscure e assenza di garanzie?*, in *Osservatorio sull'Analisi di Impatto della Regolazione*, <https://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2011/08/Paper_Morettini_SoftLaw_luglio2011.pdf>: 5 sgg. (12/2016).
- Mostacci E. 2008, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova.
- Niccolai S. 1996, *I poteri garanti della Costituzione e le autorità indipendenti*, ETS, Pisa.
- Piga F., Segni A. 1990, *Società e borsa (Commissione nazionale per le)*, in *Enc. Dir.* (voce), vol. XLII, Giuffrè, Milano: 1130 sgg.
- Rescigno M. 2001, *La Consob: un legislatore-giudice dimezzato?*, in *Stato e Mercato*: 109 sgg.
- Romagnoli G. 2012, *Consob. Profili e attività*, Giappichelli, Torino.
- Rordorf R. 2000, *La Consob come autorità indipendente nella tutela del risparmio*, in *Foro it.*, V: c. 145 sgg.
- Serio M. 2008, *Il valore del precedente tra tradizione continentale e common law: due sistemi ancora distanti?*, in *Riv. Dir. Civ.*: 109 sgg.
- Torchia L. 1992, *Il controllo pubblico della finanza privata*, Padova, Cedam.
- Vesperini G. 1993, *La Consob e l'informazione del mercato mobiliare*, Cedam, Padova.
- Visentini G. 1988, *Credito e risparmio*, in *Enc. Giuridica Treccani* (voce), vol. X, Istituto Encicl. Italiana, Roma: 1 sgg.

L'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE NEL DIRITTO PUBBLICO DELL'ECONOMIA

Fabio Di Cristina

SOMMARIO – 1. L'Autorità nazionale anticorruzione: la prospettiva storica e l'intervento pubblico in economia. 2. L'evoluzione delle funzioni. 2.1 L'Autorità 'introvabile' (2003-2013). 2.2 La nuova Autorità anticorruzione (2014). 3. Gli strumenti di intervento in economia. 3.1 Le 'misure straordinarie di gestione' quali strumenti conformativi. 3.2 Gli incentivi all'adattamento e i poteri impliciti: gli effetti sulle attività imprenditoriali di pubblico interesse. 4. L'intervento dell'Autorità in economia: la doppia frontiera.

1. L'Autorità nazionale anticorruzione: la prospettiva storica e l'intervento pubblico in economia

In uno scritto per il 150° anniversario delle leggi di unificazione amministrativa, per di più afferente al sotto-gruppo degli scritti sull'intervento pubblico in economia nella triplice prospettiva del controllo, della vigilanza e della tutela, la prima difficoltà con cui misurarsi è di natura storica. L'Autorità anticorruzione, come noto, è invenzione recente del legislatore, sospinta dal diritto internazionale pattizio. Il tema della corruzione, diversamente, non ha epoca.

Un celebre storico come Giovanni Sabbatucci, per limitare lo sguardo al solo periodo immediatamente successivo al 1865, ricorda che i legami tra politica e corruzione nell'Italia unita sono coevi al trasformismo, termine che entrò nel linguaggio corrente tra la fine del 1882 e il 1883 per definire, con intento polemico, la politica di accordo con la destra moderata e di convergenza verso il centro inaugurata in quel periodo dal Presidente del Consiglio, e leader della Sinistra storica, Agostino Depretis. Il termine, coniato inizialmente con un'accezione niente affatto negativa, divenne in breve tempo, nella vulgata comune, sinonimo di amoralità (Sabbatucci, 2003). Ricorda ancora Sabbatucci che, costituito il Governo Giolitti dopo la crisi dell'esecutivo Crispi nel maggio 1892, la pratica del trasformismo fu condotta dalla Destra storica, senza soluzione di continuità con la precedente maggioranza parlamentare. Ne furono testimonianza la consolidata pratica della cooptazione di personalità influenti a livello economico, quali ad esempio Bernardo Tanlongo, governatore della Banca Romana che contribuì all'omonimo scandalo e Senatore del Regno, già coinvolto in episodi di corruzione di membri della Corte pontificia.

Sin dai decenni successivi alla complessa unificazione politica e amministrativa del Paese, la corruzione fu percepita come un fenomeno prettamente ascri-

vibile, parafrasando quanto affermato da Marco Minghetti in un celebre saggio del tempo (Minghetti, 1992), alla ‘ingerenza dei partiti’ e alle loro pratiche piuttosto che alla ‘influenza dell’amministrazione’. Diversamente, oggi si tende a spostare la ricerca di strumenti di prevenzione dai partiti alle strutture dell’amministrazione pubblica, con l’intento di rendere queste ultime refrattarie ad indebite, o illecite, pressioni endogene ed esogene. «La burocrazia [...] esclusa dal corpo politico» è stata infatti «spinta da una forza interna a riacquistare lo spazio perduto attraverso la corruzione» secondo un «criterio compensativo». Di tale circostanza la dottrina giuridica si è avveduta tardivamente (Cassese, 1999).

La seconda difficoltà da affrontare, accennata quella storica, è relativa al rapporto tra corruzione e intervento pubblico in economia. È possibile guardare agli strumenti di intervento pubblico in economia, che appartengono ad un terreno che il diritto amministrativo ha già arato, presuppongono un «fatto economico» da disciplinare e l’approntamento di strumenti di regolazione condizionale o finalistica – essendo la corruzione un sistema basato su prezzi, prestazioni e schemi negoziali – per offrire una chiave interpretativa del fenomeno e orientare gli strumenti di prevenzione?

L’individuazione di un filo rosso che ponga in evidenza legami e strette interconnessioni tra le competenze e l’attività dell’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e i tradizionali strumenti di intervento pubblico in economia, tanto da poter consentire l’inclusione di quelli a disposizione della prima nel più ampio novero dei secondi, è operazione non semplice.

È ampiamente riconosciuto che la corruzione ingenera costi economici, oltre che etico-morali, mina la competitività dei mercati, scoraggia gli investimenti, compresi quelli diretti esteri, causa l’impiego inefficiente delle risorse pubbliche indebitamente distratte a vantaggio dei corruttori¹ e che è strumento di cui si serve la criminalità organizzata per realizzare i propri profitti (Davigo, Mannozi, 2007; Manganaro, 2012). Se è vero che tali considerazioni appaiono difficilmente discutibili, è anche vero che l’attività dell’Autorità anticorruzione così come la conosciamo ha poco a che fare con la corruzione in senso ‘tecnico’ (v. *infra* § 3) ed è noto che, in questa prospettiva, l’epifenomeno corruttivo ha una peculiare valenza per il diritto amministrativo che lo allontana dalla nozione penalistica (Merloni, Vandelli, 2010) e lo avvicina piuttosto a quella di «corruzione pubblica» (Palazzo, 2011: 15).

È proprio il diritto amministrativo che, in modo sempre maggiore negli ultimi anni e dopo una lunga fase di sostanziale disinteresse per il tema (Manganaro, Romano Tassone, Saitta, 2013²), si è preoccupato di individuare strumenti per prevenire la *maladministration* e il «malcostume amministrativo» (Mattarella, 2013: 75), senza preoccuparsi, come naturale, che l’oggetto della prevenzione abbia necessariamente una rilevanza penale o esclusivamente penale.

La funzione degli strumenti amministrativi, consustanziali al principio costituzionale di prevenzione³, riveste un'importanza ancor maggiore se si considera che le istituzioni del controllo, come la Corte dei conti, hanno ritenuto che i tradizionali meccanismi, quale ad esempio il controllo preventivo di legittimità, sono inadeguati a prevenire fenomeni corruttivi (Battini, 2010), visto che molti di tali fenomeni presuppongono il pedissequo rispetto del principio di legalità formale⁴ e non consentono di indagare trame e relazioni più profonde. Dovrebbero così preferirsi, a detta della stessa Corte, strumenti diversi, come il controllo di gestione, più adatti ad indagare la sostanza di atti e condotte.

Il rischio che si corre aderendo alla concezione «amministrativistica» di corruzione (Mattarella, 2014a), come brevemente richiamata, è che il concetto di cattiva amministrazione e di prevenzione degli illeciti attraverso prassi gestionali o organizzative rimanga così tanto indistinto da rendere l'oggetto dell'intervento pubblico vago e non facilmente determinabile. La nozione amministrativistica, infatti, finisce spesso per essere irretita da categorie socio-politologiche quali lo «scambio occulto» (Vannucci, 2013), il pagamento per ottenere «benefici discrezionali» (Rose-Ackerman, 2004) o tipiche della tradizione anglosassone di *law and economics* quali il vantaggio monetizzabile che deriva dal pagare o ottenere tangenti (Becker, 1968), o ancora da quelle di cui ad alcune convenzioni internazionali⁵ che includono nel fenomeno corruttivo anche reati diversi come la malversazione, l'evasione fiscale, il riciclaggio. Tali categorie, pur avendo un'importante valenza euristica, non ne hanno una altrettanto pregnante sul piano dell'individuazione delle fattispecie giuridicamente rilevanti e della calibrazione degli strumenti di regolazione, siano essi da rintracciare sul piano dell'attività o su quello dell'organizzazione (Racca, Cavallo Perin, 2014).

Tuttavia, il tentativo di comprendere se e in che misura i poteri affidati nel tempo all'Autorità nazionale anticorruzione (v. *infra* § 2) possano configurarsi come veri e propri strumenti di intervento pubblico in economia, nei termini cui si è fatto riferimento, può forse essere facilitato da tre circostanze.

In primo luogo, dal fatto che il tentativo non è volto a comprendere, in questa sede, se l'Autorità sia o meno una 'istituzione' del diritto pubblico dell'economia, sulla cui autonomia come disciplina, peraltro, il dibattito scientifico è tutt'oggi aperto (Cassese, 1998; Picozza, 1998; Cocozza, 2003; Di Gaspare, 2003; Cardì, 2005), oppure essa sia o meno un'autorità amministrativa indipendente o un organismo di *police administrative* (Gaudemet, 2010: 121). Più semplicemente, qui si discute dell'appartenenza dei poteri dell'Autorità all'amplessissima e sovente eterogenea gamma fenomenologica delle forme di intervento dei pubblici poteri in economia e dei relativi strumenti.

In secondo luogo, tale appartenenza può essere valutata a partire dalla sussistenza o meno di un «fatto economico», nell'accezione ormai consolidata del

termine (Giannini, 1977), che possa o meno essere profittevolmente studiato per le finalità appena richiamate. In tal caso, la semplice evidenza che attraverso frodi, influenze indebite, cattiva amministrazione, corruzione, concussione, traffico di influenze, condizionamenti e infiltrazioni criminali, le risorse pubbliche vengano drenate in favore di soggetti non legittimati a riceverle, è circostanza sufficiente a ritenere tali fenomeni come fatti economici derivanti da 'pratiche negoziali' potenzialmente oggetto di regolazione di matrice pubblicistica. La scienza giuridica come «scienza di osservazione» (Vivante, 1893: 520) può quindi tenerne conto.

In terzo e ultimo luogo, alcuni studi classici di diritto dell'economia hanno già tentato la sistematizzazione di un «diritto amministrativo dell'economia penalmente sanzionato» (Galgano, 1977: 911) cui non è aliena l'importanza dell'intervento pubblico per finalità preventive o sanzionatorie di condotte illecite o generalmente anti giuridiche che incidono sull'ordine pubblico economico, arrecando pregiudizi o danni.

2. L'evoluzione delle funzioni

2.1 L'Autorità 'introvabile' (2003-2013)

Per scovare nell'ordinamento italiano un'Autorità anticorruzione dotata di prerogative e poteri penetranti e potenzialmente incisivi sulle relazioni economiche tra parti pubbliche e private, occorre attendere oltre un decennio dall'istituzione dell'Alto commissario anticorruzione presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, avvenuta nel 2003⁶, primo esempio di istituzione pubblica anticorruzione nel nostro Paese. Nell'ordinamento italiano, pertanto, l'Autorità anticorruzione è stata lungamente 'introvabile': è stata a volte un semplice embrione all'interno di altre amministrazioni oppure, in altre occasioni, un contenitore senza contenuto (Sciullo, 2013).

L'Alto commissario istituito nel 2003 era dotato di pochi e indefiniti poteri: poteva disporre indagini conoscitive tese ad accertare «esistenza, cause e concause» di fenomeni corruttivi, illeciti e loro rischi; poteva elaborare analisi e studi sull'adeguatezza e congruità del quadro normativo nonché sulle eventuali misure amministrative finalizzate a fronteggiare la corruzione e gli illeciti; poteva monitorare i procedimenti da cui poteva potenzialmente derivare un danno erariale, come quelli di spesa o di affidamento di commesse pubbliche.

Il commissario, che è stato soppresso nel 2008⁷ e le cui funzioni sono state trasferite ad un ufficio della Presidenza del Consiglio (il SAET-Servizio anticorruzione e trasparenza, anch'esso successivamente soppresso), si ricorda quasi esclusivamente per l'elaborazione di un nutrito rapporto di studio, la «Prima

mappa della corruzione in Italia», peraltro di caratura non dissimile da quelli elaborati in passato da alcune commissioni di studio istituite dal Parlamento o dal Governo⁸.

Con la c.d. riforma Brunetta del 2009, nell'ambito della quale è stata istituita la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT)⁹, si apre una seconda fase nella ricerca di una vera e propria autorità anticorruzione all'interno dell'ordinamento italiano. Tale fase durerà, con alterne vicende, sino al 2014.

Alla Commissione, che poteva avvalersi di esperti esterni in materia di anticorruzione e «favorire la cultura della trasparenza» anche mediante «strumenti di prevenzione e lotta alla corruzione», erano attribuite competenze in materia di integrità e trasparenza che, tuttavia, sono state sin da subito assorbite, in quanto a cura e ad attivismo, da quelle relative alla valutazione della *performance* all'interno delle pubbliche amministrazioni, il nodo della riforma sul quale si era maggiormente concentrato il Governo dell'epoca.

Ad una comunque non chiara definizione dei poteri affidati alla Commissione ha fatto da contraltare il mantenimento di alcune prerogative in tema di prevenzione della corruzione del defunto Alto commissario in capo alla Presidenza del Consiglio-Dipartimento della funzione pubblica. Tale affidamento ha concorso a mantenere, dal 2009 al 2012, un sistema di prevenzione della corruzione bicefalo, e anche per questo motivo non particolarmente incisivo, indebolito anche da una non chiara distinzione tra indirizzo politico e gestione amministrativa (Macchia, 2014a), ossia, in termini pratici, tra identificazione del soggetto deputato ad individuare le priorità di intervento e soggetto chiamato ad esercitare le funzioni di amministrazione attiva.

La prima legge organica in materia di anticorruzione, sia sul versante amministrativo-preventivo, sia su quello penale-repressivo, adottata dal Parlamento nel 2012¹⁰ e parzialmente mutuata dall'omonima legge francese del 1993, unitamente al c.d. decreto sviluppo¹¹ emanato dal Governo un mese prima, ha impresso il primo deciso cambio di rotta alla politica di prevenzione italiana. La c.d. legge anticorruzione ha identificato chiaramente la CIVIT quale autorità anticorruzione italiana. Il d.l. n. 179/2012 ha previsto la nomina di un nuovo presidente dell'autorità, scelto tra personalità indipendenti dotate di esperienza di contrasto alla corruzione.

Per la verità, l'individuazione inequivoca di una autorità anticorruzione all'interno dell'ordinamento italiano, peraltro sul mero piano formale, discende essenzialmente dalla necessità di attuare la Convenzione contro la corruzione delle Nazioni Unite sottoscritta a Merida¹², entrata in vigore nel 2005 e ratificata dal nostro Paese nel 2009¹³, e dalla volontà del Governo di rimediare al ritardo accumulato (De Vergottini, 2012). La Convenzione dispone che ogni Stato

firmatario sia tenuto a creare una o più autorità anticorruzione contraddistinte dalla «necessaria indipendenza» per svolgere i compiti assegnati dal legislatore (art. 6). La scelta di un'autorità non ministeriale, tra l'altro, è stata compiuta dall'Italia ma non da altri importanti Paesi, il cui sistema sociale e istituzionale è stato tradizionalmente dotato di forti anticorpi politico-amministrativi: in Francia, ad esempio, il *Service central de prévention de la corruption*, a composizione interministeriale, è stato costituito nel 1993 in seno al Ministero della giustizia; nel Regno Unito, ancora, il primo *Anticorruption Plan* redatto dal Governo nel 2014 indica espressamente nella *National Crime Agency*, dipendente dall'amministrazione della giustizia, nel *cabinet* e nello *Home Office*, ossia l'amministrazione dell'interno, gli attori principali del contrasto alla corruzione.

Tornando all'Italia, se, da un lato, dal 2012 è chiaramente identificabile l'amministrazione affidataria delle funzioni in materia di anticorruzione che derivano, anche e prevalentemente, dalla spinta del diritto internazionale, la l. n. 190/2012 mantiene la bicefalia che aveva contraddistinto la fase precedente (2009-2012). Alla Presidenza del Consiglio-Dipartimento della funzione pubblica spettavano infatti compiti di iniziativa, di impulso e di coordinamento come l'elaborazione del Piano nazionale anticorruzione e la definizione dei criteri e dei modelli che le amministrazioni avrebbero dovuto seguire per elaborare i rispettivi piani anticorruzione. Alla CIVIT, invece, spettavano perlopiù compiti di vigilanza e di controllo *ex post* (in specie, l'approvazione del Piano nazionale e la verifica, in larga parte meramente formale, dell'applicazione delle misure previste all'interno dei piani adottati dalle singole amministrazioni). Alla stessa Commissione, coerentemente con l'attribuzione di maggiori prerogative di controllo, erano stati sì affidati poteri ispettivi e di ordine, sebbene in larga parte scarsamente esercitati nel corso del tempo, ma in assenza di opportuni meccanismi sanzionatori.

Sino a questo punto, alla domanda inizialmente posta, ossia se le funzioni attribuite all'Autorità anticorruzione siano o meno ascrivibili all'ampio novero degli strumenti di intervento pubblico in economia, si dovrebbe rispondere in termini negativi. Da un lato, il sistema prefigurato e conseguentemente strutturato e organizzato dal legislatore appare introflesso e autopoietico, contraddistinto da forme di controllo di tipo *command and control* (Baldwin, 2012: 117) non sempre efficaci, rivolte più da una amministrazione alle altre e meno ai privati. Dall'altro, lo stesso sistema non ha dimostrato sin dall'origine piena fiducia nell'amministrazione individuata, almeno formalmente, come autorità anticorruzione (la nuova Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche, così denominata sino al 2014): il legislatore ha infatti continuato ad affiancarle la Presidenza del Consiglio e l'ha resa, così, meno legittimata ad agire indipendentemente dalla temperie politico-istituzionale del momento.

2.2 La nuova Autorità anticorruzione (2014)

L'approvazione del d.l. 24.06.2014, n. 90, segna un deciso cambio di passo, ancor più incisivo di quello compiuto dal legislatore nel 2012 con l'approvazione della legge anticorruzione (Cantone, Merloni, 2015). Il rafforzamento dei poteri attribuiti all'ANAC è di tutta evidenza. Tale rafforzamento, peraltro, nasce da una fusione per incorporazione: alla struttura dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), contestualmente soppressa dal decreto n. 90 (art. 19), vengono trapiantati i vertici dell'ANAC, nominati nel luglio 2014 e in carica sino al 2020.

L'Autorità assume nuove competenze e ne cede altre: complessivamente, la sua funzione di prevenzione della corruzione, nel senso liquido del concetto richiamato in apertura, assume finalmente quella primazia per molto tempo negata, indebolita da poteri insufficienti o condivisa con le strutture di più diretta emanazione governativa.

In particolare, *whistleblower*¹⁴ e avvocati dello Stato possono segnalare direttamente all'Autorità illeciti o irregolarità (sul tema dei denunciati Vaughn, 2012 e Cantone, 2013). L'Autorità può sanzionare pecuniariamente il soggetto individuato in ogni amministrazione (di norma un affidatario di incarico dirigenziale di livello generale) che omette di adottare il piano triennale anticorruzione, quello triennale di trasparenza o il codice di comportamento dei dipendenti pubblici. È stato poi previsto il trasferimento, dal Dipartimento della funzione pubblica all'Autorità, di tutte le competenze in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione precedentemente assegnate dalla l. n. 190/2012. L'Autorità anticorruzione, poi, passa al Governo il testimone delle funzioni di indirizzo e coordinamento in tema di qualità dei servizi pubblici e sua misurazione, ereditate dalla vecchia CIVIT, e al Dipartimento della funzione pubblica quelle relative alla misurazione e alla valutazione della *performance* amministrativa introdotte dalla riforma Brunetta, anch'esse ereditate dalla vecchia CIVIT, che avevano contribuito a mantenere nel tempo la bicefalia del sistema (v. *supra* § 2.1).

Sin qui, tuttavia, alla domanda inizialmente posta, cui si è data una risposta essenzialmente negativa anche dopo l'emanazione della legge anticorruzione del 2012 (v. *supra*, § 2.1), non può che continuarsi a dare una risposta del medesimo tenore. È però una lettura più attenta del d.l. n. 90/2014, nella parte relativa ad alcuni specifici nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione, che modifica la risposta in senso opposto.

Il decreto, infatti, introduce nell'ordinamento istituti con una carica fortemente innovativa, i quali hanno già trovato abbondante applicazione (17 volte nei primi 10 mesi¹⁵), che possono considerarsi a ragione strumenti di ingerenza dei pubblici poteri in economia. Si tratta, in particolare, delle «misure straordi-

narie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione». Tali misure (v. *infra* § 3.1) rappresentano il primo, se non il più importante, strumento di intervento a disposizione dell'Autorità e si inscrivono, secondo principi di contiguità e complementarità, nel solco tracciato dal sistema di prevenzione prefettizio (per una disamina critica di tale sistema, Mazzamuto, 2013).

Inoltre, anche a partire da una 'regolazione dei confini' contenuta nel richiamato decreto¹⁶, la dibattuta applicazione (e applicabilità) *tout court* delle regole di trasparenza e anticorruzione alle società pubbliche ha creato, nei termini che saranno chiariti a breve (v. *infra* § 3.2), condizioni favorevoli allo spontaneo adattamento dell'organizzazione e delle prassi imprenditoriali usualmente seguite da tali soggetti a regole inizialmente previste per le sole pubbliche amministrazioni (Clarich, Mattarella, 2013). La veste 'istituzionale' che è stata conferita a tali regole, in continua espansione all'interno dell'ordinamento italiano e potenziata dall'esercizio dei poteri impliciti di cui dispone l'Autorità nazionale anticorruzione, ha consentito a quest'ultima di attrarre all'interno della propria area di influenza e vigilanza anche soggetti 'a mercato' rispetto ai quali l'applicazione delle regole di trasparenza e di prevenzione della corruzione viene ormai assunta come un dato di difficile controvertibilità, seppur con alcuni adattamenti.

3. *Gli strumenti di intervento in economia*

3.1 *Le 'misure straordinarie di gestione' quali strumenti conformativi*

Se la regolazione delle attività economiche può essere intesa come quell'insieme di ingerenze che contribuiscono a «conformare» il mercato a risultati «derogatori» rispetto a quelli che sarebbero raggiunti da dinamiche esclusivamente volontarie (Sorace, 1999; Cassese, 2000), che per ciò stesso deve essere coerente con i principi costituzionali (Ramajoli, 2008) ed essere al contempo compatibile con il funzionamento naturale delle relazioni economiche (Libertini, 1979), le misure straordinarie di gestione affidate all'Autorità nazionale anticorruzione possono essere definite, in tale ottica, come misure compiutamente regolatorie. In primo luogo, conformano finalisticamente gli esiti del mercato interessato dall'affidamento di contratti pubblici e concessioni. In secondo luogo, essendo compatibili con il sistema delle misure di prevenzione patrimoniale, appaiono costituzionalmente legittime per proprietà transitiva¹⁷. In terzo e ultimo luogo, concorrono ad assicurare un utilizzo legittimo e lecito delle risorse impiegate dalle pubbliche amministrazioni, specialmente nel settore dei lavori pubblici, se e quando il mercato delle commesse conduce, regolando da sé i prezzi di eventuali scambi corruttivi, a risultati socialmente indesiderabili.

Più in dettaglio, il d.l. n. 90/2014 individua, innanzitutto, i due presupposti alternativi all'adozione delle misure straordinarie di gestione: l'ipotesi di indagine giudiziaria per delitti contro la pubblica amministrazione¹⁸; l'accertamento di «situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali» attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche o l'erogazione di servizi o forniture, ad un concessionario o ad un contraente generale. Che si tratti di situazioni anomale che si approssimano alla nozione di «gravi indizi di colpevolezza» di cui al Codice di procedura penale oppure alla contestata nozione di «qualificata probabilità» di condotte illecite, tipica della dialettica inerente la legittimità dei provvedimenti prefettizi instaurata tra amministrazioni e giudici amministrativi, è nodo cruciale difficile da sciogliere (Corso, 2008; Leotta, 2010; Gambacurta, 2010), reso ancor più intricato dai recenti interventi del legislatore in materia¹⁹. In entrambi i casi (indagine giudiziaria o emersione di situazioni anomale), tuttavia, devono comunque emergere «fatti gravi ed accertati».

Il *pivot* delle misure straordinarie di gestione è il Presidente dell'Autorità nazionale anticorruzione: questi, sebbene non disponga direttamente di alcun potere 'conformativo' nei confronti delle imprese indagate o rispetto alle quali siano emerse situazioni sintomatiche di illecito, è ugualmente il fulcro del sistema preventivo-repressivo e dispone del potere di attivare misure che incidono fortemente sull'attività di impresa²⁰. Che il Presidente di una autorità amministrativa disponga di incisivi poteri da esercitare in forma monocratica è peraltro circostanza unica nel panorama delle altre autorità.

Al ricorrere di uno dei due presupposti sopra richiamati, e comunque in presenza della predetta gravità dei fatti e del loro accertamento, il Presidente dell'Autorità può proporre al Prefetto competente per territorio l'attivazione delle misure con efficacia limitata all'esecuzione del singolo contratto. Il Prefetto può intimare all'impresa la sostituzione degli organi sociali oppure disporre la sua straordinaria gestione mediante amministratori appositamente nominati. I provvedimenti (l'intimazione o la nomina degli amministratori), nonché l'accertamento dei fatti, sono di competenza del Prefetto: questi, tuttavia, non può provvedere senza aver ricevuto dal Presidente dell'ANAC, che agisce in sostanza per interposta amministrazione, un'apposita richiesta²¹.

Il procedimento istruito dall'Autorità nazionale anticorruzione e quello istruito dagli uffici del Prefetto sono sì distinti ma il primo è condizione necessaria, seppur non sufficiente a causa del necessario margine di apprezzamento e discrezionalità che residua in capo al Prefetto, per l'avvio del secondo.

L'appartenenza delle misure straordinarie al novero degli strumenti di intervento pubblico in economia è apprezzabile, specialmente in relazione alla nomina di amministratori prefettizi, anche sul piano squisitamente patrimoniale.

Quando il Prefetto nomina gli amministratori, infatti, si costituisce una sorta di 'trust cieco', di patrimonio riservato (in argomento Cassese, Mattarella, 1996). Da un lato, tale misura protegge le risorse pubbliche impiegate per il singolo contratto pubblico da usi eventualmente illeciti e dalla prosecuzione di un indebito arricchimento. Dall'altro, sottrae, nella logica tipica della prevenzione patrimoniale, diritti dispositivi ad imprese rispetto alle quali sono stati accertati almeno gravi fatti sintomatici di illecito.

Gli amministratori prefettizi subentrano pienamente nei poteri di disposizione e gestione dell'impresa e non rispondono all'assemblea dei soci, le cui funzioni sono sospese. Rispondono di eventuali diseconomie gestionali solo in caso di dolo o colpa grave, in ossequio ai presupposti della responsabilità amministrativa del pubblico funzionario e tanto da escludere che gli amministratori straordinari prefettizi, le cui funzioni attengono comunque ad attività di gestione aziendale, agiscano alla stregua di imprenditori 'privati'. Sino all'esito del giudizio in sede penale in cui è imputata l'impresa destinataria delle misure o dei giudizi cautelari o di merito riguardanti il provvedimento prefettizio, l'utile d'impresa derivante dal contratto pubblico in questione è accantonato, non può essere distribuito ai soci e non può essere pignorato da terzi creditori²².

3.2 Gli incentivi all'adattamento e i poteri impliciti: gli effetti sulle attività imprenditoriali di pubblico interesse

Vi è poi un secondo ordine di strumenti decisamente più eterogeneo rispetto al precedente, forse neppure facile da cogliere interamente mediante le tradizionali categorie giuridiche, possedendo anche una spiccata dimensione relazionale. Esso produce un impatto prevalentemente rivolto, da un lato, ad aumentare la trasparenza dell'esercizio di attività imprenditoriali «di pubblico interesse» e, dall'altro, ad incidere sull'organizzazione e sulle prassi aziendali degli enti di diritto privato controllati o vigilati da una pubblica amministrazione e, in particolare, delle società controllate o partecipate da amministrazioni statali.

Tali strumenti non corrispondono ad altrettante funzioni esercitate dall'Autorità nazionale anticorruzione e prefigurate dal legislatore, sebbene potrebbero rifluire in quell'insieme di poteri impliciti precedentemente appartenuto all'AVCP, non meno rilevanti di quelli 'espliciti' («I poteri di soft law al pari e forse più di tutti gli altri pur dotati di forza conformativa sono [...] di primaria importanza ai fini del corretto funzionamento del mercato [...]», Morbidelli, 2007). Essi concorrono a definire regole ed obblighi nei rapporti tra l'Autorità e, in particolare, le società pubbliche.

In parte, la portata «adattiva» agli obblighi di trasparenza (nel senso richiamato da Luhmann, 1979) e la conseguente incisività dell'adattamento sull'or-

ganizzazione dell'impresa deriva dal rispetto di precise regole (v. *infra*) e quindi risponde, per così dire, ai canoni della regolazione tradizionale di tipo *command and control* (Baldwin, 2012: 117). Per altro verso, tuttavia, tali obblighi, concepiti originariamente per soggetti che si definirebbero, secondo il gergo contabile europeo, *non-market*, e dall'ambito di applicazione non sempre chiaro ed univoco, hanno sovente comportato un adattamento spontaneo da parte di molte società pubbliche (salvo, in larga parte, di quelle emittenti strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati) sulla base dell'incentivo sottostante.

In questa prospettiva, in un momento storico in cui la prevenzione della corruzione e la trasparenza hanno assunto una dimensione 'espansiva' all'interno dell'ordinamento²³ (Mattarella, 2013; Severino, 2014), molte società, specialmente quelle controllate dal Tesoro o da altre amministrazioni dello Stato, hanno scelto di adattarsi al livello di regolazione più restrittivo nel ventaglio di possibilità aperto dai molteplici dubbi interpretativi che erano emersi in relazione all'applicazione di quegli stessi obblighi.

Pare opportuno, a questo punto, esplicitare alcune coordinate di fondo del problema per definirlo più precisamente. La prima è quella relativa al sostrato normativo cui si faceva riferimento in precedenza il quale, secondo una tendenza frequente nella legislazione degli ultimi anni, ha cercato di ampliare il perimetro delle amministrazioni sottoposte agli obblighi di trasparenza (Clarich, Mattarella, 2013). Il d.l. n. 90/2014²⁴, infatti, modifica l'art. 1 del Testo unico della trasparenza²⁵ per ridefinire, nel tentativo di chiarirlo in modo definitivo, il suo ambito di applicazione soggettivo. L'intervento del legislatore si era reso opportuno, tra l'altro, a fronte dei numerosi dubbi interpretativi che una circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri-Dipartimento della funzione pubblica del febbraio 2014²⁶ aveva ingenerato nel tentativo di definire un «indirizzamento interpretativo uniforme», specialmente in relazione agli adempimenti obbligatori per le società pubbliche (Macchia, 2014b).

In particolare, il decreto precisa che per amministrazioni pubbliche si intendono quelle elencate all'art. 1, c. 2, del Testo unico del pubblico impiego, «comprese le autorità indipendenti o di regolazione e vigilanza»; che gli enti di diritto pubblico, siano essi nazionali, regionali o locali, sono soggetti alla disciplina della trasparenza se e in quanto istituiti, vigilati, finanziati da una pubblica amministrazione o se i suoi amministratori sono da questa nominati; che gli enti di diritto privato controllati, «limitatamente all'attività di pubblico interesse», sottoposti a controllo pubblico o i cui vertici o componenti di organi sono nominati da una pubblica amministrazione, sono anch'essi sottoposti agli obblighi di trasparenza; che, infine, le società partecipate in via non maggioritaria da pubbliche amministrazioni sono soggette alla disciplina anticorruzione²⁷ limitatamente all'attività di pubblico interesse.

L'intervento del legislatore, tuttavia, non ha puntualmente adattato i singoli obblighi di trasparenza, che in molti casi si traducono in conseguenti adempimenti organizzativi o di modifica di prassi e controlli aziendali, ai predetti soggetti. Diversamente, come ricordato, ha esteso l'ambito di applicazione soggettivo *sic et simpliciter*. Nel dubbio, molti enti privati in controllo pubblico e società pubbliche, come ricordato da un recente atto di *soft law* dell'Autorità nazionale anticorruzione²⁸, hanno colto l'incentivo all'adattamento (Rose-Ackerman, 2012²⁹) scaturente da una certa pigrizia del legislatore ad adeguare i «contenuti di alcune norme che, dando per presupposti modelli organizzativi uniformi, mal si attagliano, non solo alle diverse tipologie di pubbliche amministrazioni, ma anche a soggetti con natura privatistica»³⁰.

Sul secondo versante, specularmente al primo, il tema dell'organizzazione, delle prassi e dei controlli societari che sono stati modificati per effetto dell'incentivo cui si è fatto cenno è assai delicato, fa riferimento ad una realtà estremamente frastagliata e, in questa sede, è possibile dedicarvi solo alcuni cenni.

Dal 2003, a seguito dell'approvazione della riforma del diritto societario, la dimensione dell'organizzazione d'impresa, specialmente in materia di adeguatezza del sistema dei controlli interni e *audit*, ha assunto una posizione centrale nel diritto civile.

Si pensi, ad esempio, ai compiti attribuiti dal consiglio di amministrazione: gli amministratori sono tenuti, tra l'altro, a valutare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società sia adeguato «alla natura e alle dimensioni dell'impresa»³¹. L'assetto, così come il concreto funzionamento del modello organizzativo prescelto, è poi soggetto alla vigilanza del collegio sindacale, cui si aggiunge talvolta un comitato di controllo interno che sovrintende all'adempimento degli obblighi di autodisciplina.

Si pensi ancora, in riferimento alle società pubbliche, al sistema di controllo affidato alle cure della Corte dei conti e, per tutte le società, ai modelli di amministrazione previsti dalla disciplina della responsabilità degli enti³² finalizzati a prevenire l'imputazione della responsabilità penale e incardinati su un organismo dotato di autonomi poteri di «iniziativa e controllo» quale l'Organismo di vigilanza. Si aggiungono poi una struttura dirigenziale preposta alla redazione dei documenti contabili, una struttura dirigenziale preposta alle attività di *audit* e, nelle società controllate dallo Stato, un responsabile della trasparenza (su tale aspetto si rinvia a Savino, 2014) e un responsabile anticorruzione.

Come recentemente rilevato dall'ANAC³³, spetta a questa l'interpretazione delle disposizioni che, ad esempio, non includono espressamente le società controllate dallo Stato dal novero dei soggetti tenuti al rispetto della disciplina anticorruzione di cui alla legge del 2012: secondo «criteri di ragionevolezza e di pro-

porzionalità» e secondo una «interpretazione costituzionalmente orientata», anche gli enti di diritto privato controllati dalle amministrazioni centrali mediante la maggioranza dei voti in assemblea, o mediante l'esercizio di un'influenza dominante, sono soggetti agli obblighi anticorruzione e di trasparenza e, di conseguenza, sono tenuti a porre in essere quelle modifiche dell'assetto organizzativo che l'ossequio a quegli obblighi comporta. Quanto l'esercizio dei poteri impliciti di cui dispone l'ANAC possa, senza scadere nell'illegittimità, rendere elastico il dettato normativo, è questione di estrema delicatezza sulla quale, in questa sede, non è possibile indugiare.

Emerge con chiarezza, tuttavia, un dato di fondo. L'universo delle società controllate dalle amministrazioni pubbliche, considerate le argomentazioni appena esposte, è tenuto ad individuare i rischi di corruzione e a provvedere alla loro gestione, a rendere compatibile il sistema dei controlli interni imperniato sul modello di prevenzione della responsabilità dell'ente con quello della pianificazione anticorruzione, ad approvare un codice di comportamento ed individuare una funzione interna con compiti di consulenza in caso di incertezze interpretative o conflitti interorganici, a rispettare i canoni dell'inconferibilità di incarichi degli amministratori e dei dirigenti così come previsti per le amministrazioni controllanti, ad approntare un sistema di tutela dei dipendenti che segnalano illeciti e uno, infine, preordinato alla rotazione degli incarichi dirigenziali³⁴. Come anticipato, nell'attesa di chiarimenti interpretativi, dato l'incentivo sottostante, molte di quelle società avevano già provveduto ad adattare spontaneamente le proprie strutture interne ad una larga parte degli obblighi cui l'Autorità, nell'esercizio di una funzione compiutamente normativa e per ciò stesso regolatoria, sta cercando di conferire una prospettiva unitaria nella cognizione e stabile nell'interpretazione, agendo su un terreno comunque assai scivoloso³⁵.

4. L'intervento dell'Autorità in economia: la doppia frontiera

Gli strumenti conformativi a disposizione dell'Autorità nazionale anticorruzione (v. *supra* § 2.1), quale diretta filiazione delle misure di prevenzione (Leotta, 2010), si posizionano sulla frontiera del principio di prevenzione nel settore degli appalti pubblici e delle concessioni e hanno un deciso impatto sull'allocazione delle risorse pubbliche. Si tratta di misure, per quanto selettive e temporanee, a fortissima carica discrezionale, scaturenti dalla soluzione del compromesso tra ragioni della prevenzione e libertà d'impresa a favore delle prime e che guardano ai giudici amministrativi quali invitati di pietra, configurando un sistema, in questo non dissimile da quello della documentazione antimafia, esposto al rischio di contenzioso.

Gli strumenti adattivi e l'esercizio di poteri impliciti sostanzialmente normativi contribuiscono, su altro versante, a rafforzare lo schema di incentivi su cui si è ragionato (v. *supra* § 2.2) e inducono l'Autorità a rivolgere il suo sguardo ad enti posti alla frontiera che separa pubblica amministrazione e soggetti *strictu sensu* privati a cui il legislatore non aveva inizialmente prestato attenzione nel declinare gli obblighi di cui alla disciplina dell'anticorruzione e della trasparenza.

In entrambi i casi, emergono almeno due linee interpretative che possono contribuire alla riflessione sul legame che intercorre tra i poteri dell'ANAC e le forme dell'intervento pubblico in economia.

In primo luogo, solo quando il legislatore ha stabilito la fusione tra competenze in materia di vigilanza sul settore degli appalti pubblici e di prevenzione della corruzione, rescindendo molti dei legami con le strutture governative, questa seconda funzione ha cominciato ad assumere un ruolo centrale all'interno del sistema amministrativo italiano. In altri termini, e diversamente da quanto accaduto in molte altre circostanze, il legislatore si è sforzato di assecondare il principio, tipico del diritto amministrativo, per cui la funzione si pone rispetto all'organizzazione in posizione di primazia (nel senso richiamato, ad esempio, da Giannini, 1993 e Benvenuti, 1995).

In secondo luogo, dal punto di vista più strettamente legato all'efficacia dell'attività amministrativa dell'Autorità nazionale anticorruzione sull'economia, i poteri conformativi della 'nuova' ANAC sono *extra ordinem* oppure, se di matrice prevalentemente *incentive-based* e legati all'esercizio dei poteri impliciti, instabili. Nel primo caso, le misure di straordinaria gestione sono difficilmente ascrivibili ad un modello ordinario di intervento in economia, pena l'assoggettamento di un numero sempre crescente di relazioni tra amministrazioni appaltanti e affidatari o concessionari ai controlli prefettizi sull'ordine pubblico economico ed il potenziamento dell'ordine pubblico «di direzione» rispetto a quello «di protezione» (Farjat, 1967). Nel secondo, nel caso dell'adattamento di taluni soggetti agli obblighi di trasparenza e alle modifiche organizzative richieste dalla disciplina anticorruzione, l'efficacia delle misure è destinata ad esaurirsi oppure ad essere scarsa sino all'introduzione di un sistema stabile di 'comando e sanzione' da parte del legislatore (o del giudice, quando si pronuncerà sulla legittimità degli atti secondari emanati dall'Autorità o sulla sussistenza del relativo potere).

In entrambi i casi, in conclusione, si impone una riflessione sul sistema della prevenzione della corruzione all'interno dell'ordinamento italiano a partire dalla sua recentissima introduzione in misura sufficiente a costituire una forma di intervento pubblico in economia. Pare quindi opportuno, oltre alla costruzione di planimetrie concettuali finalizzate a comprenderne l'architettura di fondo, anche una «paziente aratura delle discipline» e, soprattutto, «delle pratiche amministrative» per misurarne l'efficacia (Mattarella, 2014b).

Il sistema di prevenzione della corruzione costruito dal legislatore e dall'A-NAC sulla doppia frontiera cui si è fatto cenno, considerata la sua forte valenza unificativa di attività e organizzazione amministrativa sull'intero territorio nazionale, pare essere basato su una logica precisa. I fenomeni corruttivi si fondano, anche, sulla presenza di regimi derogatori, eccezioni e incertezza giuridica. Da un lato, l'ordinamento contrappone alle deroghe e alle eccezioni l'attivazione di misure anch'esse derogatorie, *extra ordinem*, eccezionali, come quelle di straordinaria gestione. Dall'altro, risponde all'incertezza con una progressiva estensione dei confini soggettivi del sistema.

Ci si può chiedere se, dati tali presupposti, il sistema dei poteri proprio dell'A-NAC, per essere realmente efficace, debba necessariamente porsi proprio in bilico sulle due frontiere. Se, tuttavia, si accettasse tale posizionamento, ci si dovrebbe chiedere, ritornando alle riflessioni di Sabbatucci, se non sia necessario attestare l'intero sistema di prevenzione della corruzione su una terza frontiera, ossia quella che separa amministrazione e politica, e spingerlo progressivamente verso quest'ultima (sul punto, in prospettiva storica, Heidenheimer, 1999).

Note

- ¹ Si sono variamente occupate del tema la commissione nominata dal Presidente della Camera e presieduta da Sabino Cassese nel 1996, quella nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Gustavo Minervini nello stesso anno, quella nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Roberto Garofoli nel 2011. I rapporti delle principali istituzioni internazionali che hanno affrontato il tema anche dal punto di vista dei suoi effetti sull'economia sono numerosi. Se ne riportano, a mero titolo esemplificativo, solo alcuni: The World Bank, *Helping Countries Combat Corruption*, June 1997; GRECO – Gruppo di Stati contro la corruzione, *Rapporto sull'Italia*, Strasburgo, 2009; G20, *Anticorruption Plan*, 2010; OECD, *Phase 3 Report on Implementing the OECD Anti-Bribery Convention in Italy*, December 2011.
- ² Secondo i quali «La riflessione della dottrina su questi aspetti non è stata sempre adeguata».
- ³ V. *infra*, nota 18, in relazione alla sentenza C. cost., 30.6.1964, n. 68.
- ⁴ Audizione del Presidente della Corte sul disegno di legge AS 2156 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione) presso le Commissioni I e II (Affari costituzionali e Giustizia) del Senato della Repubblica, 2010.
- ⁵ Si veda, ad esempio, la *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions* dell'OCSE (1997).
- ⁶ L'Alto commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito all'interno della pubblica amministrazione è stato istituito dall'art. 1 della l. 16.01.2003, n. 3, il quale rinvia l'individuazione delle funzioni ad un regolamento attuativo, adottato dal Presidente della Repubblica alla fine del 2004 (d.p.r. 6.10.2004, n. 258).
- ⁷ La soppressione è stata disposta dall'art. 68, c. 6, lett. a), del d.l. 25.06.2008, n. 112.
- ⁸ V. *supra*, nota 2.
- ⁹ L'istituzione della Civit è stata prevista dall'art. 13 del d.lgs. 27.10.2009, n. 150.
- ¹⁰ Si tratta della l. 6.11.2012, n. 190, recante *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*.
- ¹¹ Il d.l. 18.10.2012, n. 179 (in particolare, si veda l'art. 34 *bis*).
- ¹² UNCAC – *United Nations Convention against Corruption*.
- ¹³ La ratifica è avvenuta con l. 3.08.2009, n. 116.
- ¹⁴ L'art. 31 del d.l. 24.6.2014, n. 90, che modifica l'art. 54 *bis* del Testo unico del pubblico impiego, aggiunge l'ANAC al novero dei soggetti che possono ricevere segnalazioni di illeciti sul modello del *whistleblowing* introdotto dalla legge anticorruzione del 2012.
- ¹⁵ Per il novero dei provvedimenti si rimanda al sito web istituzionale dell'Autorità: <<http://www.anticorruzione.it>>, sezione Attività – Misure straordinarie.
- ¹⁶ Si tratta dell'art. 24 *bis*.
- ¹⁷ La Consulta ha legittimato le misure di prevenzione quali, secondo la giurisprudenza amministrativa, «anticipazione della soglia di difesa sociale» (C. cost. 30.6.1964, n. 68: «la legittimità delle misure di prevenzione deve essere ricercata nel principio di prevenzione e di sicurezza sociale»). Anche i nuovi poteri dell'ANAC possono essere ascrivibili alla medesima tipologia di misure.
- ¹⁸ L'indagine deve essere relativa ai reati di concussione; corruzione per l'esercizio della funzione; corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio; corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio avente ad oggetto il conferimento di pubblici impieghi stipendi o pensioni, la stipulazione di contratti, nonché il pagamento o il rimborso di tributi; corruzione in atti giudiziari; induzione indebita a dare o promettere utilità; corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio; istigazione alla corruzione; peculato; concussione; induzione indebita a dare o promettere utilità; corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee di Stati esteri; traf-

fico di influenze; turbata libertà degli incanti; turbata libertà di scelta del procedimento del contraente.

- ¹⁹ Il riferimento è all'art. 8 della l. 27.05.2015, n. 69, recante *Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio*, che modifica alcune disposizioni della legge anticorruzione del 2012: il giudice amministrativo trasmette all'Autorità nazionale anticorruzione ogni informazione o notizia rilevante emersa nel corso di un giudizio relativo a procedure d'appalto pubblico se, «anche in esito ad una sommaria valutazione», evidenze condotte o atti contrastanti con le «regole della trasparenza».
- ²⁰ Lo stesso Presidente è tenuto, all'accertata presenza di almeno uno dei due presupposti, a comunicarne la ricorrenza al Procuratore della Repubblica competente.
- ²¹ Le misure straordinarie possono anche seguire l'emanazione di una informazione prefettizia interdittiva e quindi non necessitare dell'intervento del Presidente dell'ANAC. Solo nel caso di informazione prefettizia, e se ricorrono presupposti di urgenza relativa al completamento dell'esecuzione, alla continuità di servizi e funzioni indifferibili, alla salvaguardia dell'occupazione e dei bilanci pubblici, alla presenza di una prestazione in corso di ultimazione ed essenziale per l'interesse pubblico, all'impossibilità di sostituire il contraente in tempi rapidi, il Prefetto può assumere dette misure di propria iniziativa, informandone contestualmente il Presidente dell'ANAC.
- ²² Il d.l. n. 90/2014 introduce anche una forma di intervento di minore impatto, definita di «sostegno e monitoraggio», intestata al solo Prefetto. Quando questi accerta la gravità dei fatti alla base dei presupposti delle misure straordinarie (indagine giudiziaria per reati contro la pubblica amministrazione o situazioni anomale sintomatiche di illeciti) e queste non riguardano gli organi sociali necessari, può nominare fino a tre esperti che prescrivano le opportune revisioni delle prassi aziendali di controllo interno, da improntare a «riconosciuti» modelli di trasparenza.
- ²³ *Vis espansiva* che ha comunque, e di recente, incontrato una prima battuta d'arresto, dovendo essere sempre e comunque astretta a rigidi canoni di legalità formale e sostanziale. Si veda, in particolare, TAR Lazio, sez. III, 15.6.2015, n. 8376, a proposito della sottoposizione agli obblighi di trasparenza e pubblicità delle università non statali.
- ²⁴ Si tratta dell'art. 24 *bis*.
- ²⁵ D.lgs. 14.03.2013, n. 33, emanato sulla base di una delega al Governo contenuta nella legge anticorruzione del 2012.
- ²⁶ 14 febbraio 2014, n. 1 relativa all'Ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione delle regole di trasparenza di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190, e al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: in particolare, agli enti economici e le società controllate e partecipate.
- ²⁷ Art. 1, commi da 15 a 33, della legge anticorruzione del 2012.
- ²⁸ ANAC, *Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*, 2015.
- ²⁹ «Once one has located these incentives, reformers can try to attack the problem on its roots and seek structural and organizational solutions».
- ³⁰ ANAC, *Linee guida*, cit.
- ³¹ Così come disposto dall'art. 2381, c. 3, c.c. e, relativamente al consiglio di gestione, dall'art. 2409 *novies*, c. 1, c.c.
- ³² D.lgs. 8.06.2001, n. 231, recante Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300.
- ³³ ANAC, *Linee guida*, cit.
- ³⁴ Il novero degli adempimenti è, invero, ben più ampio. Si rinvia ad ANAC, *Linee guida*, cit.
- ³⁵ *V. supra*, nota 25.

Riferimenti bibliografici

- Baldwin R. 2012, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*, Oxford University Press, Oxford.
- Battini F. 2010, *La Corte in materia di prevenzione e repressione della corruzione*, in *Gior. dir. amm.*
- Becker G. 1968, *Crime and Punishment. An economic approach*, in *Journ. Pol. Ec.*
- Benvenuti F. 1995, *Dalla sovranità dello stato persona alla sovranità dell'ordinamento*, in *Jus*.
- Cantone R. 2013, *La tutela dei whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001*, in B.G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino.
- Cantone R., Merloni F. (a cura di) 2015, *La nuova Autorità anticorruzione*, Giappichelli, Torino.
- Cardi E. 2005, *Mercati e istituzioni in Italia: diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino.
- Cassese S. 1998, *La nuova costituzione economica* (I ed.), Laterza, Roma-Bari.
- 1999, *Ipotesi sulla storia della corruzione in Italia*, in G. Melis (a cura di), *Etica pubblica e amministrazione*, Cuen, Napoli.
- 2000, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesaurò, M. D'Alberti (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, il Mulino, Bologna.
- Cassese S., Mattarella B.G. (a cura di) 1996, *Democrazia e cariche pubbliche*, il Mulino, Bologna.
- Clarich M., Mattarella B.G. 2013, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino.
- Cocozza F. 2003, *Diritto pubblico applicato all'economia*, Giappichelli, Torino.
- Corso G. 2008, *La normativa antimafia*, in M.A. Sandulli, R. De Niccolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, tomo V, Giuffrè, Milano.
- Davigo P., Mannozi G. 2007, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale*, Laterza, Roma-Bari.
- De Vergottini G. 2012, *Una road map contro la corruzione*, in *Perc. cost.*
- Di Gaspare G. 2003, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Cedam, Padova.
- Farjat G. 1967, *L'ordre public économique*, in *Rev. int. droit comp.*
- Galgano F. (diretto da) 1977, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. I: *La costituzione economica*, Cedam, Padova.
- Gambacurta S. 2010, *La prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici e nelle attività economiche*, in F. Ramacci, G. Spangher (a cura di), *Il sistema della sicurezza pubblica*, Giuffrè, Milano.
- Gaudemet Y. 2010, *Droit administratif* (XIX ed.), L.G.D.J., Paris.
- Giannini M.S. 1977, *Diritto pubblico dell'economia*, il Mulino, Bologna.
- 1993, *Diritto amministrativo* (III ed.), Giuffrè, Milano.

- Heidenheimer A.J. 1999, *Political parties and political corruption in comparative historical perspective*, EUI Working Papers n. 28/99, European University Institute.
- Leotta E. 2010, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, relazione alla conferenza Le nuove disposizioni penali in materia di sicurezza pubblica. Strumenti e poteri di prevenzione antimafia, Siracusa, 25-27 giugno 2010, <<http://www.giustizia-amministrativa.it>>.
- Libertini M. 1979, *La regolazione amministrativa del mercato*, in F. Galgano (a cura di), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, vol. III, Giuffrè, Milano.
- Luhmann N. 1979, *Trust and Power*, John Wiley & Sons, New York.
- Macchia M. 2014a, *La corruzione e gli strumenti amministrativi a carattere preventivo*, in F. Manganaro, A. Romano Tassone, F. Saitta (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità*, Giuffrè, Milano.
- 2014b, *Gli obblighi di trasparenza per le società pubbliche: prevale il sostantivo o l'aggettivo?*, in *Gior. dir. amm.*
- Manganaro F. 2012, *Corruzione e criminalità organizzata*, in C. La Camera (a cura di), *L'area grigia della 'ndrangheta*, Aracne, Roma.
- Manganaro F., Romano Tassone A., Saitta, F. 2014, *Presentazione*, in Manganaro F., Romano Tassone A., Saitta, F. (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità*, Giuffrè, Milano.
- Mattarella B.G. 2013, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Gior. dir. amm.* : 75 sgg.
- 2014a, *La prevenzione della corruzione: i profili amministrativistici*, in A. Del Vecchio, P. Severino (a cura di) 2014a, *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, Padova.
- 2014b, *The Italian efforts on anticorruption*, in G. Racca, C. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, Bruxelles.
- Mazzamuto M. 2013, *Lo scettro della prefettocrazia: l'indefinità pervasività del sottosistema antimafia delle grandi opere e il caso emblematico della "filiera"*, in Manganaro F., Romano Tassone A., Saitta F. (a cura di), *Diritto amministrativo e criminalità*, Giuffrè, Milano.
- Merloni F., Vandelli, L. (a cura di) 2010, *La corruzione amministrativa, Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze.
- Minghetti M. 1992, *I partiti politici e la ingerenza loro nella giustizia e nell'amministrazione* (ed. orig. 1881), Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- Morbidei G. 2007, *Il principio di legalità e i c.d. poteri impliciti*, in *Dir. amm.*
- Palazzo F. 2011, *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze University Press, Firenze.
- Picozza E. 1998, *Diritto pubblico dell'economia*, Maggioli, Rimini.

- Racca G., Cavallo Perin R. 2014, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against corruption*, in G. Racca, C. Yukins (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, Bruxelles.
- Ramajoli M. 2008, *La regolazione amministrativa dell'economia e la pianificazione economica nell'interpretazione dell'art. 21 della Costituzione*, in *Dir. amm.*
- Rose-Ackerman S. 2004, *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform* (ed. orig. 1999), in A. Ogus, *Corruption and Regulatory Structures*, in *Law and Policy*, Baldy Center for Law and Social Policy.
- 2012, *Corruption: an Incentive-Based Approach*, in *Perc. cost.*
- Sabbatucci G. 2003, *Il trasformismo come sistema*, Laterza, Roma-Bari.
- Savino M. 2014, *La trasparenza amministrativa e la prevenzione della corruzione*, in A. Del Vecchio, P. Severino (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, Padova.
- Sciullo G. 2013, *L'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione*, in B.G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino.
- Severino P. 2014, *Il problema del contrasto alla corruzione*, in A. Del Vecchio, P. Severino (a cura di), *Il contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Cedam, Padova.
- Sorace D. 1999, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*
- Vannucci A. 2013, *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in B.G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino.
- Vaughn R.G. 2012, *The successes and failures of whistleblower laws*, Edward Elgar, London.
- Vivante C. (diretto da) 1893, *Trattato di diritto commerciale*, vol. I, Torino.

IL GIUDICE AMMINISTRATIVO, GIUDICE DELL'ECONOMIA

Giuseppe Tropea

SOMMARIO – 1. Premessa. 2. Delimitazione del campo d'indagine: a) il giudice amministrativo come 'giudice naturale' del grande contenzioso economico; b) il difficile rapporto fra giustizia (anche) amministrativa e sviluppo economico. 3. Il processo amministrativo come strumento di risoluzione dei conflitti e come strumento di attuazione di scelte politiche. Brevi note su giurisdizione esclusiva e di merito, nonché sulla competenza funzionale accentrata. 4. La specialità del rito, legittimazione ed interesse a ricorrere (anche alla luce di alcune rilevanti questioni giurisprudenziali). 5. Processo amministrativo e tutela della concorrenza. 6. Il difficile rapporto fra giustizia (anche) amministrativa e sviluppo economico. Cenni sulla figura del c.d. abuso del processo.

1. Premessa

In uno scritto dedicato ai rapporti fra giudice amministrativo ed economia, destinato agli Atti celebrativi dei 150 anni delle leggi di unificazione, non si può non partire da una riflessione di carattere storico.

Il giudice amministrativo ha origine, in Francia, in occasione di un fenomeno macroeconomico: una crisi dell'economia causata da un eccesso di indebitamento statale.

Alo stesso modo, nel nascente Stato italiano, l'allegato D della legge di unificazione del 1865 conservò al Consiglio di Stato la materia del debito pubblico, oltre a poche altre, anch'esse di rilievo eminentemente economico (Ponticelli, 1958: 57 sgg.).

Peraltro, la competenza giurisdizionale in materia di debito pubblico rimase una giurisdizione speciale anche dopo il 1889: un contenzioso amministrativo di piena giurisdizione sul modello degli antichi contenziosi amministrativi, di cui si perse la logica almeno fino all'introduzione della giurisdizione esclusiva.

Autorevole dottrina ha quindi preconizzato, stante l'invarianza di tale competenza in capo al giudice amministrativo nell'attuale art. 133, lett. v), c.p.a.¹, una probabile ricomparsa del contenzioso sul debito pubblico, che negli ultimi decenni, sempre per ragioni storiche legate ai cicli macroeconomici, è stato piuttosto sporadico (Merusi, 2014: 16-24).

Questa ricostruzione ci rende edotti di come il giudice amministrativo sia stato da sempre, sin dalle sue origini, 'giudice naturale' del grande contenzioso economico (De Lise, 2014: 69 sgg.).

Quello del debito pubblico è quindi solo un esempio, seppure viepiù rilevante, del ruolo centrale svolto dal giudice amministrativo in ambito economico.

Provando ad attualizzare, e ad ampliare, il discorso, appare evidente come su tale ruolo incidano profondamente talune grandi trasformazioni sul piano del diritto amministrativo sostanziale.

Si pensi, innanzi tutto, all'affermazione della risarcibilità dell'interesse legittimo, che ha inciso anche sul mutamento tra fatto e giudice amministrativo. È stato osservato, in tal senso, come i riflessi di tale situazione si riverberano sull'intero processo, dall'istruttoria, alla posizione delle parti, alle azioni esperibili (Pajno, 2014: 45).

Altro aspetto rilevante è rappresentato, a partire dagli anni Novanta del secolo scorso, dall'affermazione dello Stato regolatore (Napolitano, 2011: 677). La regolazione attraverso le autorità indipendenti si è configurata come esercizio del potere, sicché il giudice amministrativo, in quanto giudice per definizione del potere², è divenuto giudice di ogni forma di regolazione economica, che abbia per oggetto sia la tutela della concorrenza che la risposta ai fallimenti del mercato, sia l'accesso alle misure volte a favorire lo sviluppo che quelle volte a dare risposta all'infrastrutturazione del Paese (Pajno, 2014: 46).

È stato osservato, peraltro, che la rilevanza assunta dal contenzioso amministrativo è il risultato della moltiplicazione dei rapporti tra pubblici poteri e sistema imprenditoriale e della loro sempre maggiore 'giuridicizzazione', là dove in precedenza le relazioni tra lo Stato e i principali operatori economici, pubblici e privati, erano gestite e mediate in sede eminentemente politica (Napolitano, 2011: 678).

Allo stesso tempo è divenuta sempre più ricorrente, nella *vulgata* giornalistica e non solo, l'idea che la giustizia, sia civile che amministrativa, possa divenire un freno allo sviluppo economico (Torchia, 2014: 337).

In questo senso si prospettano una serie di potenziali antinomie.

Prima di tutto, la giustizia amministrativa appare come una sorta di Giano bifronte, ad un tempo emergenza e vantaggio competitivo per la vita economica del Paese.

Sotto altro profilo, si nota come alla giustizia amministrativa venga mosso un duplice, e potenzialmente contraddittorio, rimprovero: da un lato di assenza di *deference* nei confronti dei pubblici poteri, quando la si indica come (contro)potere che contribuisce a rallentare le scelte di politica economica; dall'altro eccesso di *deference*, verso l'amministrazione pubblica, quando si imputa al giudice amministrativo l'assenza di un'effettiva indipendenza.

2. Delimitazione del campo d'indagine: a) il giudice amministrativo come 'giudice naturale' del grande contenzioso economico; b) il difficile rapporto fra giustizia (anche) amministrativa e sviluppo economico

Seguendo questa falsariga, connotata da potenziali contrasti, cercheremo di seguito di sintetizzare le principali questioni che oggi si pongono dinanzi all'in-

terprete, ripartendo il lavoro in due parti, attorno alle quali far ruotare un'ulteriore serie di aspetti problematici: 1) il giudice amministrativo come 'giudice naturale' del grande contenzioso economico; 2) il difficile rapporto fra giustizia (anche) amministrativa e sviluppo economico.

Nella prima parte, oltre a darsi conto, seppure in breve, dei profili riguardanti la giurisdizione esclusiva e la competenza inderogabile del giudice amministrativo del contenzioso economico, si faranno alcuni cenni attorno alla specialità dei riti che maggiormente implicano l'incisione del giudice amministrativo sulle dinamiche economiche, cercando di evidenziare taluni profili problematici (es. rapporti fra giurisdizione soggettiva/giurisdizione oggettiva; diritto amministrativo e diritto antitrust nel processo amministrativo).

Nella seconda parte, invece, ci si soffermerà sui rapporti fra principio di effettività della tutela giurisdizionale, ragionevole durata del processo, certezza del diritto e crisi economica.

Si evidenzieranno, in tale contesto, talune criticità riguardanti quelle riforme, nonché quelle politiche 'giurisprudenziali', tese a favorire indiscriminatamente la ragionevole durata, nonché a scoraggiare l'accesso al giudice, a detrimento dell'effettività della tutela e del giusto processo.

Si tratta di dinamiche che importano nel discorso giuridico questioni da tempo arate dalla scienza economica, e che determinano la (ri)configurazione del processo (anche amministrativo) in termini macroeconomici come risorsa scarsa/servizio pubblico.

In tale scenario sistematico assume una progressiva rilevanza, l'istituto (*ergo*: argomento), dell'abuso del processo, sul quale, in conclusione, svolgeremo qualche rapida considerazione.

3. Il processo amministrativo come strumento di risoluzione dei conflitti e come strumento di attuazione di scelte politiche. Brevi note su giurisdizione esclusiva e di merito, nonché sulla competenza funzionale accentrata

Per provare a cogliere meglio le ragioni di talune antinomie sopra segnalate, che paiono riproporsi anche nel c.p.a., può essere opportuno seguire quella interessante impostazione (Pajno, 2014: 47-48) che, basandosi sulla distinzione (Damaška, 2002) fra Stato reattivo (ove il processo è visto come strumento di risoluzione dei conflitti) e Stato attivo (ove il processo si caratterizza prevalentemente come strumento di attuazione di scelte politiche), ha evidenziato come nel c.p.a. siano presenti disposizioni legate a un'idea di processo come attuazione di scelte politiche, ma in una cornice generale, anche di principi, che ne ribadisce la natura di processo di parti, e non di giurisdizione oggettiva.

La prima idea discende dalla constatazione secondo cui oggetto di contesa è spesso l'insieme delle partite economiche tra diversi operatori coinvolti; in tale quadro, il buon funzionamento del sistema giurisdizionale diviene una componente centrale dello stesso buon funzionamento del mercato (Napolitano, 2011: 678; Ferrari, 2006: 341 sgg.).

Trattasi di puntualizzazione molto pertinente, anche se per più versi problematica, stante la sussistenza di questioni che tendono a ri-definire i caratteri essenziali del processo amministrativo, specialmente legate all'affermazione dei super-principi comunitari, in primo luogo la concorrenza, sulla c.d. autonomia procedurale degli Stati membri.

Venendo all'elencazione degli ambiti del Codice che sembrano tradurre le suddette scelte di 'politica legislativa', minore spessore problematico, pur nelle incertezze di fondo che tradizionalmente – e, in parte, tuttora – caratterizzano l'istituto, presentano le disposizioni sulla giurisdizione esclusiva.

Esse fanno riferimento, non a caso, ad importantissime partite economiche riguardanti la regolazione, le privatizzazioni, l'infrastrutturazione del Paese, le opere pubbliche, le risorse energetiche, il debito pubblico (Picozza, Cappello, 2013: 384 sgg.).

Il 'primato' della giurisdizione esclusiva per quanto riguarda il diritto pubblico dell'economia sembra spiegarsi, da un lato, in quanto le funzioni regolatorie ed allocative sono assolute attraverso l'esercizio di un potere in senso proprio, in linea quindi coi criteri dettati dalla giurisprudenza della Consulta, dall'altro perché la molteplicità delle partite arbitrate rende estremamente difficile discriminare tra gli interessi legittimi e i diritti soggettivi dei vari attori economici da essa trattati (Napolitano, 2011: 679).

D'altra parte, come è stato esattamente osservato, oggi nel c.p.a. la tripartizione tra giurisdizione di legittimità, esclusiva e di merito non solo non obbedisce a un unico criterio omogeneo e non è rigorosa, ma non porta neppure con sé un regime processuale differenziato. Stante tale tendenza verso un carattere vieppiù unitario della giurisdizione amministrativa, essa si configura come giurisdizione 'piena', nel senso che per le diverse posizioni soggettive azionabili il giudice ha a disposizione i medesimi poteri istruttori e decisorii (Ramajoli, 2012: 161 sgg.).

Se tutto ciò è vero, le peculiarità dei rapporti fra processo amministrativo ed economia possono allora essere colte, piuttosto che sul fronte del riparto della giurisdizione, su quello dei riti accelerati e differenziati volti ad intervenire significativamente sul rapporto tempo-processo (Sandulli, 2014), oltre che a dare penetranti poteri in capo al giudice amministrativo, come è emblematicamente dimostrato dal rito speciale in materia di appalti e dalla c.d. *class action* pubblica.

Per restare ancora un attimo sulla giurisdizione esclusiva, rispetto alla quale si è già detto che l'elencazione delle materie all'art. 133 c.p.a. non è stata fat-

ta sulla base di criteri rigorosi, ma in parte oggettivi ed in parte soggettivi, può qui ricordarsi la vicenda giurisprudenziale che ha visto la Consulta intervenire per ben due volte dichiarando l'illegittimità costituzionale – per eccesso di delega – rispettivamente dell'attribuzione alla giurisdizione esclusiva, con cognizione estesa al merito e alla competenza funzionale del TAR Lazio, delle controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Consob³, nonché delle controversie in materia di sanzioni irrogate dalla Banca d'Italia⁴.

Il secondo correttivo al c.p.a.⁵ si è adeguato, con riferimento ai poteri sanzionatori della Consob, alla sentenza della Corte costituzionale, eliminando la Consob dall'elenco delle autorità indipendenti i cui provvedimenti sono sottoposti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (art. 1, comma 1, lett. t), n. 1).

Senonché è stato osservato (Ramajoli, 2012: 188-189) come la sentenza della Corte, e l'attuale versione del Codice, trascurino l'intima connessione esistente tra potere di vigilanza e potere sanzionatorio, specie se di competenza delle autorità indipendenti. Ma proprio quest'intima connessione, legata all'incertezza che ha tradizionalmente caratterizzato la dicotomia interessi legittimi-diritti soggettivi in questo delicato settore, avrebbe forse consigliato un mantenimento della giurisdizione esclusiva in materia.

Quanto ai rapporti fra giurisdizione c.d. di merito ed economia, a parte i già segnalati ascendenti storici relativi alla materia del debito pubblico, bisogna qui distinguere.

La c.d. giurisdizione di merito, a fronte della suddetta tendenza al livellamento delle giurisdizioni, vive una fase di profonda crisi d'identità, peraltro non nuova (Romano Tassone, 2008: 517 sgg.).

D'altra parte, proprio per alcuni riti speciali che hanno un grande impatto sull'economia, come il rito in materia di appalti e la c.d. *class action* pubblica, taluni hanno parlato, nel silenzio del legislatore sul punto, di giurisdizione di merito 'innominata', stanti i particolarissimi poteri attribuiti al giudice amministrativo, che consentono a quest'ultimo di incidere – in vario modo – sull'interesse pubblico 'specifico' rilevante nella causa (Tropea, 2011: 965 sgg.).

Il dato deve far riflettere: l'ingerenza del giudice amministrativo è maggiore proprio in vicende che hanno ricadute, più o meno dirette, sull'economia. Peraltro tutto ciò non stupisce, vista la percezione della rilevanza dell'interesse pubblico 'concreto' che ha a che fare con l'economia, talora anche 'interna' al giudizio.

Al di là di tali, pur rilevanti, aspetti, sui quali si tornerà, la novità codicistica più importante è l'inserimento, all'art. 134, c.p.a., lett. c), delle «sanzioni pecuniarie la cui contestazione è devoluta alla giurisdizione del giudice amministrativo, comprese quelle applicate dalle Autorità amministrative indipendenti e quelle previste dall'articolo 123»⁶.

Per quanto riguarda, invece, i caratteri della giurisdizione di merito in materia, il sindacato del giudice amministrativo tende a biforcarsi (Ramajoli, 2012: 193).

Da un lato, viene svolto un controllo di legittimità sul provvedimento adottato, fermandosi in generale il sindacato giudiziale alla sola verifica se la ricostruzione dei fatti svolta dall'Autorità indipendente sia «immune da travisamenti e vizi logici», ritenendosi non consentita la sostituzione alla valutazione dell'Autorità se essa sia attendibile secondo la scienza economica.

Dall'altra parte, il sindacato esteso al merito per quanto attiene al profilo sanzionatorio comporta che il giudice possa «ricostruire l'iter logico sotteso alla sanzione irrogata, onde verificarne la legittimità, e dunque supportare con propria motivazione la sanzione già irrogata», e, inoltre, riquantificare la sanzione che appaia sproporzionata e ingiustificata.

È noto, sotto questo aspetto, come la giurisprudenza italiana si ponga in dissonanza con la giurisprudenza comunitaria e CEDU sul punto, le quali impongono un sindacato pieno anche sui presupposti applicativi della sanzione. Si pensi alla nota sentenza Menarini⁷, con la quale si conferma che il potere antitrust, come tutti i poteri intrusivi della proprietà privata, deve rispettare i principi fondamentali dell'ordinamento, e, in primo luogo, il diritto fondamentale di difesa sancito dall'art. 6 della CEDU (Allena, 2012: 1602 sgg.; Torchia, 2013: 501 sgg.).

Nelle più recenti sentenze della Corte di Giustizia la questione del rilievo dell'art. 6 CEDU in materia sanzionatoria è stata affrontata soprattutto sotto il profilo della attuazione di un sindacato giurisdizionale che possa dirsi conforme al canone della *full jurisdiction* elaborato dalla Corte di Strasburgo; sotto questo profilo è registrabile un'evoluzione significativa, che rende ancor più debole la (persistente) ritrosia del giudice amministrativo italiano nell'effettuare un sindacato pieno sulla misura antitrust.

Quanto, infine, alla competenza funzionale accentrata, non è questa la sede per verificare dettagliatamente legittimità ed opportunità del combinato disposto degli artt. 14 e 135 c.p.a., per quanto attiene a materie aventi impatto, più o meno diretto, sull'economia (Pizza, 2012: 275 sgg.).

Come è noto sul punto, la Consulta, al di là dei casi prima richiamati delle sanzioni della Consob e della Banca d'Italia, ha sovente adottato un atteggiamento rispettoso della discrezionalità del legislatore, mentre qualora avrebbe probabilmente emesso una sentenza d'accoglimento è stata preceduta dal legislatore, come è avvenuto con l'abrogazione della seconda parte della lett. e) dell'art. 135 da parte del c.d. primo decreto correttivo⁸.

Secondo parte della dottrina (Napolitano, 2011: 679) vi sarebbero vari vantaggi nella scelta di concentrare la competenza in capo al TAR del Lazio. Tolta l'esigenza di evitare pratiche opportunistiche, che ormai vale anche per la competen-

za territoriale, vista la sua inderogabilità, residua l'esigenza di omogeneizzare gli orientamenti giurisprudenziali, aumentandone la prevedibilità a vantaggio della certezza del quadro giuridico, nonché di sviluppare competenze specialistiche.

Qualche dubbio può aversi con riferimento alla seconda esigenza, vista la possibilità delle diverse sezioni di adottare orientamenti giurisprudenziali diversi; semmai, in tal caso, un ruolo fondamentale riveste l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ai sensi dell'art. 99 c.p.a.

Quanto, infine, alle competenze specialistiche, la suddetta dottrina, che affronta il discorso anche in un'ottica di analisi economica, arriva a prospettare l'integrazione dei collegi giudicanti con esperti economici, in considerazione della particolarità delle valutazioni richieste, teorizzandosi così un giudizio amministrativo di sostenibilità economica 'oltre la legittimità'.

Veniamo, per questa via, al delicato tema della specialità del rito.

4. La specialità del rito, legittimazione ed interesse a ricorrere (anche alla luce di alcune rilevanti questioni giurisprudenziali)

Emblematici appaiono i particolarissimi poteri di cui è dotato il g.a. nel rito speciale in materia di appalti pubblici (artt. 120 sgg. c.p.a.), di recente novellato attraverso il d.l. 24.6.2014, n. 90, e nella c.d. *class action* pubblica⁹.

Non è questa la sede per approfondire le molteplici problematiche, sia teoriche che applicative, che caratterizzano i suddetti riti speciali (Follieri, 2010: 1067 sgg.; Fracchia, 2010).

Ci limitiamo, dunque, a rapide osservazioni di larga massa.

Per quanto attiene al delicato problema della sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione, è noto che nel pronunciarsi il giudice deve tenere conto di diversi parametri, tenendo fermo il contratto ove ciò sia richiesto da esigenze imperative connesse alla tutela di un interesse generale. Peraltro, nei casi di 'violazioni gravi' e a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione definitiva, sembrano sussistere poteri officiosi in capo al giudice quanto alla dichiarazione di inefficacia del contratto (art. 121 c.p.a.).

Particolarmente delicata, inoltre, e in bilico fra giurisdizione soggettiva e giurisdizione oggettiva, è la possibilità per il giudice di individuare sanzioni alternative all'annullamento del contratto (Follieri, 2013: 79 sgg.; Cerbo, 2010: 881 sgg.). Il giudice deve decidere sia il livello della sanzione pecuniaria da applicare nei confronti della stazione appaltante, sia l'entità della riduzione della durata contrattuale.

Quanto alla c.d. *class action* pubblica, si pensi ai poteri di accertamento della lesione di interessi collettivi legati alla corretta erogazione del servizio pubblico. Il giudice è qui chiamato a valutare risorse strumentali, finanziarie e umane

concretamente a disposizione della parti intime, dunque la sostenibilità economica del comportamento richiesto alla luce delle risorse poste a disposizione dal legislatore e dall'amministrazione.

Molto interessante appare il tema della legittimazione a ricorrere. L'impatto del 'super-principio' di concorrenza ha determinato, in giurisprudenza e nella legislazione, profondi mutamenti rispetto ai caratteri del processo amministrativo, come processo soggettivo e di parti.

Si pensi, prima di tutto, all'oramai annoso problema della legittimazione dei consumatori e dei risparmiatori all'impugnazione delle delibere delle Autorità di regolazione competenti.

Come è noto, la questione si è posta con riferimento alla possibilità di impugnare le decisioni dell'Agcm da parte di soggetti 'terzi', siano essi imprese concorrenti ovvero consumatori. Tradizionalmente il giudice amministrativo ha risolto la questione in senso negativo, ritenendo che: a) i poteri dell'Autorità non sono preordinati alla garanzia di posizioni, individuali o associate, di soggetti fruitori del mercato, ma sono piuttosto finalizzati alla tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nell'ambito del libero mercato, sicché tutti i soggetti diversi da quelli nella cui sfera giuridico-patrimoniale la determinazione dell'Autorità incide immediatamente sarebbero portatori di un interesse indifferenziato; b) i procedimenti antitrust sarebbero procedimenti repressivi, in relazione ai quali neppure il soggetto denunciante assume legittimazione ad essere parte necessaria del giudizio amministrativo¹⁰. Peraltro, pur a voler individuare una posizione differenziata in capo all'impresa o al consumatore, mancherebbe comunque l'elemento della qualificazione normativa¹¹.

Tale impostazione è apparsa alla dottrina (Zito, 2005) obsoleta e contraddittoria. Obsoleta perché sembra evocare alcuni datati orientamenti sulla inidoneità delle norme pubblicistiche a tutelare situazioni giuridiche soggettive diverse da quelle direttamente incise dall'esercizio del potere amministrativo. Contraddittoria perché la giurisprudenza ipotizza una tutela oggettiva del diritto di iniziativa economica nell'ambito del libero mercato che non appare affatto inconciliabile con la protezione diretta delle posizioni individuali.

In seguito, peraltro, il giudice ordinario e il giudice amministrativo, hanno riconosciuto nell'ambito della disciplina antitrust e nell'ambito di quella sulla pubblicità ingannevole la titolarità di situazioni giuridiche soggettive in capo a tutti gli attori del mercato¹².

Allo stesso modo, venendosi al tema affine della tutela del risparmiatore, ancor più d'attualità nel contesto della grave crisi economico-finanziaria che attraversiamo, si è detto che l'art. 47 Cost. pone al centro della scena, più che la posizione dell'amministrazione, la tutela e l'incoraggiamento del risparmio, e dunque la posizione del risparmiatore, che invece sinora è emersa limitatamente ai

casi in cui si è subito uno specifico pregiudizio patrimoniale, dunque in sede di risarcimento del danno (Fracchia, 2010).

Sempre in tema di legittimazione e concorrenza, si pensi all'art. 21 *bis* della l. 10.10.1990, n. 287 (introdotto dall'art. 35 d.l. 6.12.2011, n. 201, conv. nella l. 22.12.2011, n. 214), che prevede una legittimazione *ex lege* in capo all'Agcm in materia di atti emanati in violazione della concorrenza. Sul punto, fra i vari profili di criticità e di incertezza emersi, si prospetta da parte di taluni il rischio che tale norma, in contrasto col carattere soggettivo e di parte del nostro processo amministrativo, introduca un nuovo e generalizzato controllo di legittimità (Cintioli, 2012).

Altra dottrina (Sandulli, 2012), seguita dalla giurisprudenza prevalente¹³, ritiene invece che l'art. 21 *bis* della legge n. 287/1990 avrebbe lo scopo di garantire la tutela dell'interesse sostanziale al corretto funzionamento del mercato, che assumerebbe una specifica dimensione sostanziale in capo all'Agcm. Non si tratterebbe, quindi, di una tutela di diritto obiettivo, ma del rilievo attribuito dal legislatore alla concorrenza come bene della vita che, essendo tendenzialmente adespota, è stato soggettivizzato dal legislatore in capo all'Autorità garante.

Tornando alle questioni giurisprudenziali in tema di legittimazione e interesse a ricorrere e tutela della concorrenza, non si può non accennare all'annosa vicenda del ricorso incidentale c.d. escludente o paralizzante.

Come è noto, quanto ai rapporti fra legittimazione a ricorrere e tutela della concorrenza la giurisprudenza amministrativa pareva assestata, dopo un primo precedente di segno contrario¹⁴, sull'idea che il sistema attuale di giustizia amministrativa, quale tipica giurisdizione 'di diritto soggettivo', sia caratterizzato dal principio della domanda.

Questo implica, fra l'altro, che l'affermazione o la negazione delle richieste di tutela deve conseguire al riscontro dell'esistenza dei requisiti della domanda¹⁵. Sicché, secondo la Plenaria da ultimo citata, deve restare ferma la distinzione fra titolarità di una posizione sostanziale differenziata e utilità ricavabile dall'accoglimento di una domanda di annullamento. In tal senso, l'eventualità di un interesse alla rinnovazione della gara non dimostra, da solo, la legittimazione al ricorso: si tratta di un'aspettativa che non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operante del settore, che aspiri a partecipare ad una futura gara¹⁶.

Sennonché tale soluzione non ha convinto buona parte della giurisprudenza, soprattutto di primo grado (Tropea, 2012: 515-527).

La questione è pervenuta sino alla Corte di Giustizia, grazie ad un'ordinanza del TAR Piemonte¹⁷ che, a fronte di una gara con due soli concorrenti, ha rimesso a quest'ultima la valutazione della compatibilità delle conclusioni rassegnate dall'Adunanza plenaria n. 4/2011 con i principi della parità delle parti, di non discriminazione e tutela della concorrenza nel settore degli appalti di cui alla direttiva 1989/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE.

Secondo C. giust., Sez. X, 4.7.2013, resa nella causa C-100/12: «La direttiva 89/665/CE modificata dalla direttiva 2007/66/CE, mira a consentire la proposizione di ricorsi efficaci contro le decisioni delle autorità aggiudicatrici contrarie al diritto dell'Unione: gli Stati membri devono rendere accessibili le procedure di ricorso, secondo modalità da essi stessi determinate, almeno a chiunque abbia o abbia avuto interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa della presunta violazione. Il riconoscimento all'offerente che ha ricorso contro l'aggiudicazione di un appalto pubblico del diritto di contestare la fondatezza delle ragioni in base alle quali la sua offerta avrebbe dovuto essere esclusa è applicabile, in linea di principio, anche qualora l'eccezione di inammissibilità non sia sollevata d'ufficio dall'autorità investita dal ricorso, ma nel ricorso incidentale proposto da una parte nel procedimento di ricorso, come l'aggiudicatario regolarmente intervenuto nello stesso».

In seguito l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato¹⁸, nuovamente investita della questione, ha 'corretto il tiro' rispetto al pronunciamento del 2011, affermando, fra l'altro, sulla scorta della suddetta sentenza della Corte di Giustizia, di cui si evidenzia la circoscritta portata, la legittimazione del ricorrente in via principale, estromesso a seguito di ricorso incidentale, ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale.

Può essere interessante notare come una recente sentenza¹⁹, in una vicenda riguardante una serie di ricorsi incrociati proposti da tre imprese, risolta dal Consiglio di Stato applicando le regole derivanti da Ad. plen. n. 4/2011, ha ritenuto tale sentenza affetta da difetto di giurisdizione, in quanto fondata su interpretazione delle norme incidente nel senso di negare alla parte l'accesso alla tutela giurisdizionale davanti al giudice amministrativo; accesso affermato con l'interpretazione della pertinente disposizione comunitaria elaborata dalla Corte di Giustizia.

La scena degli interpreti sembra oggi dividersi più che fra difensori dell'effetto 'paralizzante' del ricorso incidentale nei confronti del ricorso principale, col quale si va a colpire la legittimazione del ricorrente (e si priva di rilevanza qualunque riferimento all'interesse c.d. strumentale) e sostenitori della tesi contraria, fondata essenzialmente sul principio della parità delle parti (*ergo*: "delle armi"), fra coloro che restano legati all'impianto soggettivistico del nostro processo amministrativo (Villata, 2011: 1183 sgg.), e coloro per i quali la forza dei principi 'sostanziali' provenienti dall'UE ben può determinare, specie in materia di appalti, un processo di carattere oggettivo (Fracchia, Occhiena, 2014: 1174-1175; Bartolini, 2014: 932).

Insomma, al di là del giudizio che se ne possa dare, quanto osservato pare dimostrare plasticamente come, sia per via giurisprudenziale che per via legislativa, alcuni caratteri tipici del processo amministrativo vengano profondamen-

te rimodellati a causa dell'impatto dei principi di concorrenza, non discriminazione, pienezza ed effettività della tutela.

Sotto questo aspetto, e in una prospettiva sistematicamente anche più ampia, è l'intera autonomia procedurale degli Stati membri ad essere messa in discussione, come attestano ormai numerose vicende giurisprudenziali (Greco, 2014: 1 sgg.).

5. Processo amministrativo e tutela della concorrenza

Scendiamo un po' più nello specifico e consideriamo come opera il 'super-principio' della concorrenza nel processo amministrativo, specie alla luce delle sue più recenti manifestazioni.

La tutela della concorrenza può assumere diverse sfaccettature, a volte riconducibili alle tipiche misure antitrust, altre volte alla regolazione e altre ancora al processo delle liberalizzazioni (Chieppa, 2014: 179).

Come è noto, la Corte costituzionale ha riconosciuto il valore trasversale della concorrenza, consentendo quindi allo Stato di intervenire anche in settori di competenza concorrente o esclusiva delle regioni quando la finalità è appunto quella di tutelare la concorrenza. Nell'ottica di stabilire cosa debba rientrare nella 'tutela della concorrenza', la Corte ha affermato più volte che in tale titolo competenziale convivono un profilo statico (o conservativo), consistente nel mantenimento di mercati già concorrenziali, e uno dinamico (o promozionale), volto alla liberalizzazione dei mercati e/o all'instaurazione di assetti concorrenziali²⁰.

D'altra parte, dalla giurisprudenza della Corte costituzionale emerge che la concorrenza non è solo una materia da ripartire tra Stato e regioni, ma è, prima di tutto, un bene da tutelare; ciò traspare soprattutto da quelle pronunce con cui la Corte verifica e riconosce la legittimità delle misure introdotte solo se effettivamente funzionali a garantire la concorrenza (Corso, 2006: 26).

Tale impostazione generale meriterebbe di essere discussa più a fondo, specie là dove la concorrenza viene vista come un tutt'uno con il fine identificato nella crescita della ricchezza nel suo complesso (Trimarchi Banfi, 2013: 15 sgg.).

Frutto di essa, in ogni caso, è la tendenza ad escludere che l'applicazione del diritto antitrust possa incontrare limiti in altre discipline o in principi generali dell'ordinamento. Il potere antitrust viene ricostruito come potere finalizzato ad un interesse pubblico primario, e quindi prevalente rispetto agli altri interessi (non solo privati, ma anche pubblici). Per garantire la sua piena applicazione ha operato depotenziando ogni ostacolo alla qualificazione delle condotte in termini di illecito antitrust, accentuando l'atipicità dell'illecito e ritenendo sufficiente anche la sola potenziale idoneità della condotta a produrre effetti distorsivi della concorrenza (Torchia, 2013: 126).

La tutela affidata alla Corte costituzionale non può essere certo esaustiva; quindi, in presenza di tutti quegli ostacoli anche amministrativi posti per un'apertura dei mercati la tutela è offerta dal g.a. in sede di sindacato sui regolamenti²¹ e sui provvedimenti amministrativi (Chieppa, 2014: 185).

Tale sindacato, peraltro, visto quanto appena osservato, è andato oltre al tradizionale controllo sull'esercizio del potere antitrust, progressivamente intensificatosi quanto a intensità e profondità (Pajno, 2004: 617 sgg.; Police, 2007: 253 sgg.)²², ed ha attinto, negli ultimi anni, due nuovi profili: l'uno relativo ai limiti 'esterni' al controllo antitrust, l'altro relativo all'ampiezza della capacità di conformazione, da parte dell'Agcm, dei diritti delle imprese in ragione della tutela della concorrenza (Torchia, 2013: 127 sgg.).

Quanto al primo, si è osservato come esso a sua volta si manifesti attorno a tre ordini di questioni fondamentali.

La prima, già accennata in precedenza, attiene al rispetto dei diritti fondamentali, in primo luogo il diritto di difesa, che deve essere garantito nell'ambito del procedimento antitrust.

In seconda battuta, il g.a. non si è limitato a un mero confronto fra diritto antitrust e diritti fondamentali, ma anche fra diritto antitrust ed altre discipline. Si sono così distinti i casi in cui la competenza antitrust è indipendente rispetto alla competenza di altre autorità di settore, i casi in cui è complementare e convive con la competenza delle autorità di regolazione e quelli, infine, il cui il g.a. ha scrutinato il principio di competenza alla luce del principio di specialità, e ha concluso che ove la disciplina speciale contenga tutti gli elementi di quella generale, e in più taluni elementi di specificità, essa trova applicazione, in quanto il 'cerchio' della disciplina speciale è più ampio di quello della disciplina generale²³.

Infine la giurisprudenza amministrativa, pur confermando che la regolazione non ferma il controllo antitrust, ha ritenuto che il potere antitrust non possa spingersi fino a sostituire un assetto regolatorio, considerato anticompetitivo, con un diverso assetto ritenuto preferibile dall'Agcm. Sulla base di tale ricostruzione è stato considerato illegittimo, ad esempio, un provvedimento di approvazione di impegni con il quale si era modificato in profondità l'assetto del mercato del soccorso autostradale, introducendo un sistema di gare per l'accesso al mercato, precedentemente aperto a tutte le imprese fornite di autorizzazione²⁴. Tale profilo talora è intrecciato all'applicazione del canone della specialità, sicché la carenza di attribuzione in capo all'Agcm, oltre all'applicazione di tale principio, viene fondata sul fatto che «l'Autorità ha agito come se operasse nell'esercizio di un potere di regolamentazione, peraltro estraneo alla sua sfera di attribuzioni»²⁵.

Tale fenomeno si è presentato soprattutto nell'ambito della repressione alle pratiche commerciali scorrette, in cui, alla luce delle norme del codice del consumo dedicate alla repressione di esse (artt. 18 sgg. d.lgs. 6.9.2005, n. 206), e

nonostante il principio di specialità (art. 19), l'obiettivo dell'Agcm è sembrato quello di individuare comportamenti ripetitivi che fossero dannosi per il consumatore inteso come categoria e non come singolo denunciante, assumendo un'indubbia caratura 'regolatoria' (Cintioli, 2015).

Veniamo così ad un altro profilo di recente emersione, particolarmente interessante, anche in relazione alle riflessioni che si svolgeranno in seguito.

La recente giurisprudenza della Corte di Giustizia ha riconosciuto la possibilità che il ricorso al contenzioso da parte di un'impresa in posizione dominante nei confronti dei suoi concorrenti configuri condotta abusiva e sia qualificato come illecito antitrust. La Corte, nell'intento di restringere l'applicazione della clausola dell'abuso del processo e di renderla compatibile coi diritti di difesa e di accesso alla giustizia, ha richiesto la presenza di due requisiti: a) l'evidenza del carattere vessatorio dell'azione, non volta a tutelare i diritti dell'impresa; b) l'inquadramento dell'azione in una più ampia strategia anticoncorrenziale.

La giurisprudenza in materia, quindi, ha aperto la strada ad un ampliamento delle figure di abuso di posizione dominante, e ha esteso il controllo antitrust oltre le condotte delle imprese sui mercati, ai comportamenti tenuti nei confronti delle istituzioni pubbliche (giudici, autorità di regolazione, autorità amministrative).

In tali ipotesi la configurazione dell'abuso del processo si accompagna a quella dell'abuso del procedimento, visto dalla giurisprudenza comunitaria come utilizzo strumentale ed abusivo da parte di un'impresa – in genere in posizione dominante – delle regole pubbliche²⁶.

Di recente anche la giurisprudenza amministrativa italiana ha percorso tale strada. Il Consiglio di Stato²⁷, infatti, ha confermato una sentenza del TAR Lazio, circa la legittimità del provvedimento con il quale l'Agcm accertava una situazione di abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 102 T.F.U.E., posto in essere tra il 2005 e l'inizio del 2010 dalla filiale italiana del gruppo industriale francese Saint-Gobain, con pregiudizio di un potenziale concorrente, Fassa s.p.a., nel mercato della produzione e commercializzazione dei pannelli di cartongesso, utilizzati in edilizia.

Il Consiglio di Stato reputa illeciti e abusivi i comportamenti contestati, in quanto riconducibili a una strategia escludente nei confronti del nuovo concorrente, anche considerando che la ricorrente, seppure non direttamente ma attraverso agricoltori legati ad essa in vario modo, aveva messo in atto diverse iniziative giudiziarie, sia civili che amministrative.

Si pone il problema di un possibile rapporto conflittuale tra disciplina antitrust ed altre discipline, anche generali, come il diritto amministrativo *tout court*.

In tal senso si è osservato (Torchia, 2013: 154-158) che la possibilità di qualificare la partecipazione al procedimento come illecita sotto il profilo antitrust

ha bisogno di una specifica dimostrazione e giustificazione, e non può essere oggetto di presunzioni, in quanto ha l'effetto di limitare un diritto generale. Sicché: a) il regime della prova dovrebbe essere particolarmente rigoroso; b) la centralità dell'effetto anticompetitivo richiede una dimostrazione specifica ed accurata del nesso di causalità (diversamente si violerebbe il principio di colpevolezza), specie nell'ambito di un procedimento che comporti l'esercizio di discrezionalità; c) nei casi in cui la condotta dell'impresa sia disciplinata da una norma, generale o speciale, non può configurarsi illecito antitrust se non sussiste anche una violazione di quella norma. Il rispetto di quest'ultima condizione appare necessario se si vuole evitare che il diritto antitrust operi come una sorta di 'superdiritto', in grado di marginalizzare le regole del diritto amministrativo e di eludere, per altro verso, il principio di certezza del diritto.

Queste condivisibili osservazioni, che peraltro non sembrano seguite dalla più recente giurisprudenza amministrativa²⁸, ci consentono di passare a considerare il secondo, e antitetico, aspetto del rapporto fra giustizia amministrativa e sviluppo economico, rappresentato dal potenziale ostacolo e freno della prima rispetto al secondo.

Il dibattito sul tema, a livello non solo scientifico, è molto ampio e coinvolge vari aspetti. In questa sede, ci limiteremo ad evidenziare talune politiche legislative e 'giurisprudenziali' messe in campo negli ultimi anni per contrastare, e comunque ridurre i 'costi' del processo amministrativo sull'economia. In tal senso la configurazione 'macroeconomica' del processo come *servizio pubblico* ha costituito un fattore importante nell'avanzamento di tali dinamiche, assieme all'impiego sempre più accentuato della categoria dell'abuso del processo, come si è appena visto presente – non a caso – anche nella giurisprudenza relativa agli illeciti antitrust.

6. *Il difficile rapporto fra giustizia (anche) amministrativa e sviluppo economico. Cenni sulla figura del c.d. abuso del processo*

Ultimamente la giustizia amministrativa è al centro di polemiche e di giudizi non sempre lusinghieri.

Il giornalista di un noto quotidiano (A. Panebianco), descrivendo la macchina amministrativa come «ragno velenoso, forse immortale», le ha affiancato il giudice amministrativo, descritto a sua volta come suo «organo vitale» che impedisce ogni possibilità di «rovesciare il *trend* di espansione della spesa pubblica e delle tasse». Un autorevole uomo politico (R. Prodi), rincarando la dose, ha chiosato: «se si abolissero i Tar e il Consiglio di Stato, il nostro Pil assumerebbe subito un cospicuo segno positivo»; e ciò in quanto quelle istituzioni avrebbero assunto un enorme spazio di potere, mentre il ricorso al TAR sarebbe divenuto

un «comodo e poco costoso strumento di blocco contro ogni decisione che non fa comodo, penetrando ormai in ogni aspetto della vita del Paese».

Insomma, il rapporto 'naturale', di cui abbiamo dato sinora conto, fra economia e giustizia (anche) amministrativa sarebbe andato in crisi (Pajno, 2014: 40). Eliminando il giudice amministrativo le gare d'appalto non verrebbero sospese, le opere pubbliche si realizzerebbero celermente, i piani regolatori verrebbero approvati nei tempi, i concorsi non verrebbero bloccati e così via (Torchia, 2014: 337).

Si concorda con chi ritiene che è quantomeno ingeneroso attribuire alla giustizia amministrativa la responsabilità dell'incertezza, dello stallo e dell'inefficienza che caratterizzano il sistema italiano, mentre le principali ragioni della crisi sono rinvenibili nell'eccessivo numero di leggi, spesso oscure e in contrasto fra loro e in un'amministrazione inefficiente, che rifugge dalla decisione e svolge la sua attività i tempi incompatibili con il mondo moderno (Torchia, 2014: 337; Patroni Griffi, 2014).

Piuttosto, dall'esame delle politiche legislative e 'giurisprudenziali' messe in campo negli ultimi anni per arginare i 'costi' del processo amministrativo, sorgono svariati dubbi, fondati sul rischio di un eccessivo restringimento del diritto fondamentale alla tutela giudiziaria del cittadino e sull'accrescersi dell'alea-torietà ed incertezza delle regole, a fronte di una giurisprudenza che, nel pur lo-devole sforzo di perseguire l'efficienza del giudizio e la sua ragionevole durata, sovente riscrive le regole processuali sulla base di ardite interpretazioni costituzionalmente orientate.

Non interessa qui tanto soffermarsi sulle ultime modifiche al rito in materia di appalti (d.l. n. 90/2014). L'idea originaria era di eliminare la tutela cautelare, con riguardo alle controversie in materia di gare ad evidenza pubblica, ma essa non ha trovato traduzione positiva.

Né mette conto attardarsi sull'abolizione delle sezioni staccate dei TAR, subito molto discussa, e sulla quale c'è stata una (sia pur parziale) marcia indietro²⁹.

Piuttosto conviene qui evidenziare come il 'costo' per l'accesso alla tutela giurisdizionale amministrativa sia divenuto ormai pressoché insostenibile, con le molteplici criticità che esso comporta in termini di principi (effettività e pienezza della tutela), conseguenze sulla p.a. (buon andamento), sull'economia, sul malaffare (Volpe, 2012). Su tali aspetti, viste la difficoltà di un ricorso in via incidentale alla Corte costituzionale³⁰, si attende la presa di posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo³¹, ovvero della Corte di Giustizia dell'Unione europea³².

Altra questione particolarmente delicata attiene, nello specifico del processo amministrativo, alle molteplici modifiche dell'art. 26 c.p.a.

Tale disposizione è stato oggetto di modifiche dapprima coi due 'correttivi' del 2011 e del 2012, e in seguito col d.l. 24.6.2014, n. 90, convertito, con mo-

difiche, nella legge 11.8.2014, n. 114. Nella sua versione originaria la norma riguardava esclusivamente le spese di giudizio; oggi comprende anche le sanzioni pecuniarie. Trattasi di disciplina per più versi controversa, e di dubbia legittimità costituzionale (Scoca, 2014: 1414 sgg.; Paolantonio, 2014).

Senonché, accanto a tali – più o meno discutibili e/o sospetti di illegittimità costituzionale – interventi del legislatore, si pone nel ‘discorso’ della giurisprudenza amministrativa, sulla scia della giurisprudenza della Cassazione sull’abuso del diritto e – indi – del processo (spesso impropriamente richiamata a titolo di precedente) un sempre più pervasivo impiego dell’argomento dell’abuso del processo che, consentendo al giudice un ampio sindacato sulla ‘meritevolezza’ dell’esercizio dell’azione, spesso finisce per determinare un indebita, o comunque sproporzionata, compressione dei diritti d’azione, a favore di un generico interesse pubblico alla ragionevole durata del processo e/o richiamando l’applicazione diretta del principio di solidarietà sociale di cui all’art. 2 Cost., dunque della buona fede e correttezza, da declinarsi nell’ambito del processo (Tropea, 2015: 569 sgg.).

Il richiamo all’abuso del diritto/processo si è avuto, ad esempio, nell’esegesi dell’art. 30, comma 3, c.p.a., in tema di pregiudiziale amministrativa³³, ovvero in tema di eccezione di difetto di giurisdizione formulata dalla stessa parte che ha adito il giudice in primo grado³⁴.

Sempre più numerose, comunque, appaiono le fattispecie giurisprudenziali in cui l’abuso del processo è stato impiegato come strumento di sindacato intrinseco delle strategie processuali delle parti.

In tutti questi casi sembra a chi scrive che il ricorso all’argomento dell’abuso oscilli fra il mero ‘pleonasma’, ultroneo e meramente retorico/rafforzativo delle argomentazioni del giudice, e la ben più dirompente portata disapplicativa della regola processuale (ad esempio l’art. 30, comma 3 e l’art. 9 c.p.a.), ovvero di interi istituti, snaturandone i tratti caratterizzanti.

Questa giurisprudenza sembra trasporre, in ambito giuridico, un modo di intendere il concetto di giurisdizione proprio di taluni studi di analisi economica del diritto.

L’imporsi di questo approccio marcatamente economicistico fa prevalere la visione ‘macrogiudiziaria’ su quella ‘microgiudiziaria’. Si ritiene, in buona sostanza, che anche l’efficienza nel singolo processo, l’unico rilevante nella visione ‘microgiudiziaria’, sia in definitiva condizionata dall’andamento generale.

L’impostazione meno attenta a una visione d’insieme è coerente con la concezione che considera la giurisdizione esclusivamente come espressione di sovranità e garanzia dei diritti. In questa prospettiva la giurisdizione è funzione che può essere considerata senza costo e senza tempo. Si ritiene che questa concezione ‘astratta e statica’ evochi un contesto sociale ormai superato, poiché oggi

l'interesse si sposterebbe dall'astratta certezza del diritto alla certa definizione dei rapporti, che consenta di fare affidabili valutazioni ai fini della produzione (di beni o servizi) destinati allo scambio (Mirabelli, 2005: 5; Raganelli, 2012: 247).

In tal senso il principio della 'ragionevole durata' renderebbe centrale il fattore temporale anche al di là della valutazione della funzionalità della giurisdizione, poiché concretizzerebbe lo stesso diritto di agire in giudizio, che deve trovare attuazione sia nell'assetto organizzativo che nelle regole processuali. La giurisdizione, in questa chiave, non perderebbe il valore legato all'essere espressione di sovranità e garanzia dei diritti, mettendo in luce ora anche la sua funzione di servizio (Pajno, 2014).

In una raffinata elaborazione (Caponi, 2011: 389 sgg.) si individua nel principio di proporzionalità lo strumento concettuale in grado di consentire una risposta che unifichi la prospettiva del singolo processo (che chiama in causa il fattore legislativo) e quella dell'insieme dei processi (che riguarda il fattore delle risorse e il fattore culturale).

L'idea di chi scrive, sulla scorta di talune ricostruzioni di autorevole dottrina civilprocessualista (Verde, 2012), è che l'importazione del principio di proporzionalità nel processo sarebbe poco in linea con l'attuale conformazione istituzionale della magistratura nel nostro ordinamento. Non è un caso come in altri ordinamenti, ad esempio quello britannico, esso invece trovi notevoli applicazioni, con ampi poteri in capo ai giudici. Si consideri l'art. 1 delle *Rules of civil procedure* inglesi (1997), là dove si spiega che trattare una causa secondo giustizia include, tra l'altro: «attribuire ad essa una quota appropriata delle risorse del giudice, tenendo conto della necessità di riservare le risorse ad altri casi».

In ogni caso, ci pare che vi siano svariate manifestazioni giurisprudenziali di tale orientamento culturale.

Si potrebbe richiamare l'orami diffusa giurisprudenza della Cassazione che, sulla base dell'interpretazione costituzionalmente orientata che fa leva su un unico carattere del giusto processo, la 'ragionevole durata', disapplica molte regole processuali.

Queste rilevanti tendenze sembrano espressione di una 'politica' giurisprudenziale della Cassazione che, seppure non sempre percepita nella sua portata rivoluzionaria, finisce per impoverire il contenuto precettivo dell'art. 25 Cost., nella parte in cui prevede la garanzia del giudice naturale, sostanzialmente facendo diventare tale garanzia parte del principio secondo il quale il giudice deve essere 'terzo ed imparziale', poiché l'idea di fondo è che una decisione, quanto più rapida possibile, ci sia, a prescindere dal giudice che la rende (Verde, 2014).

Al di là di tali aspetti, che non possono essere approfonditi in questa sede, può essere interessante notare come il richiamo all'istituto/argomento dell'abuso del diritto/processo, sia quando venga svolto per accertare una condotta illecita-

ta e in contrasto al diritto antitrust, sia quando venga impiegato per sanzionare l'atto e/o il comportamento della parte processuale, si esponga costantemente al rischio dell'arbitrio o comunque dell'incertezza, accompagnandosi a potenziali gravi compressioni dei diritti di libertà e iniziativa economica dell'impresa (art. 41 Cost.) e di tutela del cittadino/impresa (artt. 24 e 113 Cost.).

Altro discorso, ovviamente, nel caso in cui si intenda, *de iure condendo*, e non attraverso una discutibile giurisprudenza pretoria (Villata, 2014: 285 sgg.), risolvere istituzionalmente il problema dei conflitti e delle questioni di giurisdizione.

Come è stato di recente notato, non ci si dovrebbe domandare se «serve ancora una giustizia amministrativa» (che è domanda mal posta), ma se serve ancora un giudice speciale (Ferrara, 2014: 561). Il tema intreccia l'annoso dibattito sull'unificazione della giurisdizione nella prospettiva dell'abbandono della dualità, sul quale non ci si può soffermare in questa sede.

Sotto tale profilo, il problema potrebbe risolversi o con la creazione di sezioni specializzate amministrative, ovvero, a Costituzione invariata, pensando ad una sorta di sportello unico per l'accesso alla giustizia, che sposti su di una sorta di *back office* la risoluzione di questioni di competenza e di giurisdizione (Ferrara, 2014: 570).

In ogni caso, e in conclusione, sembra a chi scrive che il giudice amministrativo debba continuare a svolgere il suo ruolo centrale di giudice dell'economia e non possa essere visto – almeno indiscriminatamente – come freno alla stessa.

Come è stato giustamente rilevato: «un potere pubblico non sottoposto al sindacato giurisdizionale non è più efficiente, è solo più arbitrario» (Torchia, 2014: 338).

Ma, se è così, bisogna fortemente insistere sulla centralità dell'accesso alla tutela e sulle esigenze di certezza delle regole (centrali anche nel discorso economico, v. Irti, 2014: 987 sgg.), utilizzando con estrema cautela, e proporzionalità, gli strumenti a disposizione per sanzionare l'abuso del processo, a patto che nei singoli casi effettivamente di abuso della parte – e non del giudice – possa parlarsi.

Note

- ¹ D.lgs. 2.7.2010, n. 104.
- ² *Arg. ex* C. cost. 6.7.2004, n. 204 e art. 7 c.p.a.
- ³ C. cost., 27.6.2012, n. 162.
- ⁴ C. cost., 15.4.2014, n. 94.
- ⁵ D.lgs. 14.9.2012, n. 160.
- ⁶ Il richiamo all'art. 123 c.p.a., riguardante le sanzioni alternative, è stato aggiunto dal c.d. secondo correttivo (d.lgs. 14.9.2012, n. 160).
- ⁷ C. eur. dir. uomo, 27.9.2011, *Menarini Diagnostic Srl c. Italia*.
- ⁸ D.lgs. 15.11.2011, n. 195.
- ⁹ D.lgs. 20.12.2009, n. 198.
- ¹⁰ In materia di intese restrittive della concorrenza: TAR Lazio, Roma, Sez. I, 11.2.2003, n. 868; in materia di abuso di posizione dominante: TAR Lazio, Roma, Sez. I, 9.4.2001, n. 3056; in materia di concentrazioni: TAR Lazio, Sez. I, 7.9.2001, n. 7286.
- ¹¹ Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, 5.5.2003, n. 3861.
- ¹² Cfr. Cass., S.U., 4.2.2005, n. 2207; Cons. Stato, Sez. VI, 21.3.2005, n. 1113.
- ¹³ TAR Lazio, Roma, Sez. III *ter*, 15.3.2013, n. 2720; Cons. St., Sez. V, 30.4.2014, n. 2246; C. cost., 14.2.2013, n. 20.
- ¹⁴ Cons. St., Ad. plen., 10.11.2008, n. 11.
- ¹⁵ Cons. St., Ad. plen., 7.4.2011, n. 4.
- ¹⁶ Sempre secondo Ad. plen. n. 4/2011, vi sono dei casi peculiari in cui non è richiesta la formale partecipazione alla procedura selettiva al fine di individuare la legittimazione. Ma si tratta pur sempre di posizioni ancorate a specifici presupposti normativi.
- ¹⁷ Sez. II, 9.2.2012, n. 208.
- ¹⁸ Cons. St., Ad. plen., 25.2.2014, n. 9.
- ¹⁹ Cass., S.U., 6.2.2015, n. 2242.
- ²⁰ C. cost., 13.1.2004, n. 14.
- ²¹ Per un interessante recente caso di sindacato del giudice amministrativo su un regolamento di un'authority indipendente (Consob), cfr. Cons. St., Sez. VI, 26.3.2015, n. 1596.
- ²² In alcune sentenze si è affermata la natura «di un sindacato comune al livello comunitario, in cui il principio di effettività della tutela giurisdizionale sia coniugato con la specificità delle controversie, in cui è attribuito al giudice il compito non di esercitare un potere, ma di verificare – senza alcuna limitazione – se il potere a tal fine attribuito all'Autorità antitrust sia stato correttamente esercitato» (Cons. St., Sez. VI, 20.2.2008, n. 595; Cons. St., Sez. III, 2.4.2013, n. 1856).
- ²³ Cons. St., Ad. plen., 11.5.2012, nn. 11, 12, 13, 14, 15, 16.
- ²⁴ TAR Lazio, Roma, Sez. I, 8.5.2009, n. 4994.
- ²⁵ TAR Lazio, Roma, Sez. I, 18.2.2013, n. 1742.
- ²⁶ Emblematico il caso dell'impresa farmaceutica AstraZeneca (C. giust., 6.12.2012, C-457/10 P), la cui condotta è stata considerata illecita dalla Commissione (e successivamente dalla Corte di Giustizia) in quanto la stessa impresa ha fornito alle amministrazioni competenti informazioni errate, nell'ambito di un procedimento di natura vincolata. Nella nostra giurisprudenza è interessante il caso Pfizer: il g.a. (TAR Lazio, Roma, Sez. I, 3.9.2012, n. 7467) nega la strategia escludente rilevando, per quanto riguarda le procedure giudiziarie, che la Pfizer è quasi sempre convenuta nei giudizi pendenti.
- ²⁷ Sez. VI, 21.5.2013, n. 2722.
- ²⁸ Cfr. Cons. St., Sez. VI, 8.4.2014, n. 1673. Nel caso di specie il Consiglio di Stato conferma la decisione dell'Agcm che aveva sanzionato la Coop Estense Società Cooperativa censurando l'esercizio, da parte dell'impresa, di alcune facoltà concesse dalla disciplina urbanistica, ritenendo che quella condotta, in sé lecita, fosse finalizzata a impedire ai concorrenti l'ingresso nel mercato.

- ²⁹ In fase di conversione del suddetto d.l. n. 90/2014 si è previsto, infatti, che, nelle more della rideterminazione dell'assetto organizzativo dei tribunali amministrativi regionali, la soppressione sia limitata alle sezioni staccate aventi sede in comuni che non sono sedi di corte d'appello.
- ³⁰ Cfr. C. cost., ord. 6.5.2010, n. 164.
- ³¹ Sul ricorso, proposto dall'Associazione Veneta degli avvocati amministrativisti, avverso il d.p.r. 30.5.2002, n. 115, specie nella parte relativa al contributo unificato in materia di appalti pubblici, per violazione dell'art. 6, § 1.
- ³² Cfr. TRGA, sez. Trento, ord. 29.1.2014, n. 23, con la quale è stata rimessa all'esame della Corte di Giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale relativa al contributo unificato per l'accesso alla giustizia amministrativa in materia di contratti pubblici. La sentenza C. giust., Sez. V, 6.10.2015, C-61/14, non solo non ha ritenuto tale disciplina in contrasto col diritto comunitario, ma anche quella relativa alla riscossione di tributi giudiziari multipli e cumulativi: anch'essa, infatti, non è stata considerata in contrasto, in linea di principio, né con l'art. 1 della direttiva 89/665, letto alla luce dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, né con i principi di equivalenza e di effettività. D'altro canto, i giudici di Lussemburgo ritengono che spetti al giudice nazionale valutare se gli oggetti dei ricorsi proposti dall'interessato (incidentale o con motivi aggiunti) non siano effettivamente distinti o non costituiscano un ampliamento considerevole dell'oggetto della controversia già pendente, dispensando in questo caso l'amministrato dall'obbligo di pagamento di tributi giudiziari cumulativi.
- ³³ Cons. St., Ad. plen., 23.3.2011, n. 3.
- ³⁴ Cons. St., Sez. V, 7.2.2012, n. 656.

Riferimenti bibliografici

- Allena M. 2012, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche complesse: orientamenti tradizionali versus obblighi internazionali*, in *Dir. proc. amm.*
- Bartolini A. 2014, *Una decisione poco europea*, in *Gior. dir. amm.*
- Caponi R. 2011, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: prime note sistematiche*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- Cerbo P. 2010, *Le 'sanzioni alternative' nell'attuazione della direttiva ricorsi (e nel codice del processo amministrativo)*, in *Urb. e app.*
- Chieppa R. 2014, *Il giudice amministrativo e il mercato: verso una nuova dimensione economica del processo amministrativo?*, in G. Pellegrino, A. Sterpa (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Carocci, Roma.
- Cintioli F. 2012, *Osservazioni sul ricorso giurisdizionale dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (art. 21 bis della legge n. 287 del 1990)*, in <<http://www.giustamm.it>>.
- 2015, *La sovrapposizione di competenze delle autorità indipendenti nelle pratiche commerciali scorrette e le sue cause*, in <<http://www.giustamm.it>>.
- Corso G. 2006, *La tutela della concorrenza*, in G. Corso, V. Lopilato (a cura di), *Il diritto amministrativo dopo le riforme costituzionali*, I, Giuffrè, Milano.
- Damaška M.R. 2002, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, il Mulino, Bologna.
- De Lise P. 2014, *Un giudice per l'economia*, in G. Pellegrino, A. Sterpa (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Carocci, Roma.
- Ferrara L. 2014, *Attualità del giudice amministrativo e unificazione delle giurisdizioni: annotazioni brevi*, in *Dir. pubbl.*
- Ferrari E., *Garanzia e regolazione dei mercati di fronte al sindacato dei giudici*, in *Il ruolo del giudice di fronte alle decisioni amministrative per il funzionamento dei mercati*, a cura di E. Ferrari, M. Ramajoli e M. Sica, Giappichelli, Torino, 2006.
- Follieri E. 2010, *I poteri del giudice amministrativo nel decreto legislativo 20 marzo 2010 n. 53 e negli artt. 120-124 del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*
- 2013, *Le sanzioni alternative nelle controversie relative a procedure di affidamento di appalti pubblici*, in *Il contenzioso sui contratti pubblici un anno dopo il recepimento della direttiva ricorsi*, Atti del Convegno di Catanzaro, 29-30 aprile 2011, a cura di F. Saitta, Giuffrè, Milano.
- Fracchia F. 2010, *Ordinamento comunitario, mercato e contratti della pubblica amministrazione*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Fracchia F., Occhiena M. 2014, *Processo amministrativo e contratti pubblici: tra giurisdizione oggettiva e diritto europeo (in ricordo di Antonio Romano Tassone)*, in *Dir. e proc. amm.*

- Greco G. 2014, *A proposito dell'autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*
- Irti N. 2014, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*
- Merusi F. 2014, *Debito pubblico e giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*
- Mirabelli C. 2005, *Dall'astratta certezza del diritto alla certa definizione dei rapporti*, in C. Mirabelli, L. Paganetto, G. Tria (a cura di), *Economia della giustizia. Domanda, offerta, organizzazione delle cause civili*, Carocci, Roma.
- Napolitano G. 2011, *Il grande contenzioso economico nella codificazione del processo amministrativo*, in *Gior. dir. amm.*
- Pajno A. 2004, *Il giudice delle autorità amministrative indipendenti*, in *Dir. proc. amm.*
- 2014, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in G. Pellegrino, A. Sterpa (a cura di), *Giustizia amministrativa e crisi economica. Serve ancora un giudice sul potere?*, Carocci, Roma.
- Paolantonio N. 2014, *Linee evolutive della figura dell'abuso processuale in diritto amministrativo*, in <<http://www.giustamm.it>>.
- Patroni Griffi F. 2014, *Giustizia amministrativa: ostacolo o servizio?*, in <<http://www.astrid-online.it>>.
- Picozza E., Cappello L. 2013, *Diritto processuale dell'economia*, in E. Picozza, V. Ricciuto (a cura di), *Diritto dell'economia*, Giappichelli, Torino.
- Pizza P. 2012, *La competenza*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, in *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- Police A. 2007, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Giappichelli, Torino.
- Ponticelli P.G. 1958, *La giurisdizione di merito del consiglio di Stato. Indagini storiche*, Giuffrè, Milano.
- Raganelli B. 2012, *Efficacia della giustizia amministrativa e pienezza della tutela*, Giappichelli, Torino.
- Ramajoli M. 2012, *Le forme della giurisdizione: legittimità, esclusiva, merito*, in B. Sassani, R. Villata (a cura di), *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- Romano Tassone A. 2008, *Sulle vicende del concetto di 'merito'*, in *Dir. Amm.*
- Sandulli M.A. 2012, *Il problema della legittimazione ad agire in giudizio da parte delle autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*.
- 2014, *Il tempo del processo come bene della vita*, in <<http://www.astrid-online.it>>.
- Scoca F.G. 2014, *Il "costo" del processo tra misura di efficienza e ostacolo all'accesso*, in *Dir. proc. amm.*
- Torchia L. 2013, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Mercato, concorrenza, regole*.
- 2014, *Giustizia ed economia*, in *Gior. dir. amm.*

- Trimarchi Banfi F. 2013, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. Amm.*
- Tropea G. 2011, *L' "ibrido fiore della conciliazione": i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*
- 2012, *Ricorso principale, ricorso incidentale e costituzione delle parti*, in *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, in B. Sassani B., Villata R. (a cura di) 2012, *Il Codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo*, Giappichelli, Torino.
- 2015, *L'abuso del processo amministrativo. Studio critico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli.
- Verde G. 2012, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli.
- 2014, *Abuso del processo e giurisdizione*, in <<http://www.judicium.it>>.
- Villata R. 2011, *Annotando gli annotatori*, in *Dir. proc. amm.*
- 2014, *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir. proc.*
- Volpe F. 2012, *Altre considerazioni sull'effettività di tutela giurisdizionale nei confronti della P.A. (a proposito del costo di un ricorso innanzi al G.A.)*, in <<http://www.lexitalia.it>>.
- Zito A. 2005, *Il difficile rapporto tra l'interesse del consumatore e la disciplina antitrust: storia di un paradosso in via di risoluzione*, in <<http://www.giustamm.it>>.

COMMENTI

SPLENDORI E MISERIE DELL'INTERVENTO PUBBLICO NELL'ECONOMIA ITALIANA

Guido Corso

1. L'intervento pubblico in economia si è manifestato in Italia ma un po' dappertutto, in due forme diverse.

L'esercizio diretto di attività economica da parte dello Stato e degli enti pubblici (l'impresa pubblica); il controllo sulla attività economica privata. Variano nel tempo i confini tra queste due forme, e quindi l'estensione di ciascuna di esse.

Se volessimo descrivere sommariamente quel che è successo nel cinquantennio preso in considerazione dalla ricerca (1965-2015), diremmo che è stato drasticamente ridotto l'esercizio diretto di attività economica da parte dei pubblici poteri; e che sono cambiate le modalità del controllo pubblico sull'attività economica privata.

A queste trasformazioni hanno concorso fattori esterni non solo economici ma geopolitici: la liberalizzazione del commercio internazionale, la globalizzazione economica, le ricorrenti crisi petrolifere, l'esplosione dei problemi ambientali. Assumendo la più limitata prospettiva del diritto, potremmo dire – sempre semplificando – che siamo passati da una costituzione economica (soltanto) italiana ad una costituzione italo-europea: e che le vicende narrate nella ricerca riflettono l'accresciuta incidenza sul nostro tema del diritto europeo.

Lo svolgimento diretto di attività economica da parte dello Stato e degli enti pubblici e il controllo pubblico sull'attività economica privata sono *mezzi* in vista del raggiungimento di fini. Ma l'intervento pubblico può essere considerato anche dal punto di vista dei *fini* perseguiti. Le teorie politico-economiche prevalenti indicano tre fini diversi: la redistribuzione dei redditi, la stabilizzazione economica e la regolazione.

La funzione di *redistribuzione* comprende tutti i trasferimenti di risorse da un gruppo sociale all'altro e la fornitura di 'consumi obbligatori' (*merit goods*), ossia di quei beni e quei servizi che i cittadini devono consumare in base ad un obbligo, senza il quale molti si asterebbero dal consumare, e che, per essere obbligatori, non possono essere che gratuiti o semi gratuiti: dall'istruzione prima-

ria alla sanità pubblica. Per effetto delle politiche redistributive viene alterata la distribuzione dei redditi e della ricchezza generata dal mercato.

La funzione di *stabilizzazione* tende a garantire il mantenimento di un livello soddisfacente di crescita economica, il pieno impiego e la stabilità dei prezzi. Questi obiettivi vengono perseguiti con la politica monetaria, con la politica fiscale, la formazione, la disciplina del mercato del lavoro, la ricerca e lo sviluppo, la politica industriale.

La funzione *regolatrice* o di regolazione tenta di correggere le diverse forme di ‘insuccessi del mercato’ (*market failures*), quali il potere dei monopoli, le esternalità negative, le asimmetrie informative o una fornitura insufficiente di ‘beni collettivi’ (ossia quei beni di cui può godere l’‘individuo supplementare’ senza che ciò comporti un costo, così che è impossibile impedirgli di profittarne). La costruzione e la manutenzione delle strade, o l’ordine pubblico o la difesa esterna – tipici esempi di beni collettivi – non sarebbero assicurati se la loro produzione fosse rimessa al mercato: perché nessun imprenditore avrebbe un incentivo a produrli visto che il consumatore non pagherebbe nulla (i c.d. *free riders*).

Nell’ottica dei fini l’intervento pubblico nell’economia assume una dimensione smisurata perché finisce per toccare una gran parte delle politiche pubbliche ed investire, sotto il profilo giuridico, una pluralità di ambiti disciplinari (dal diritto tributario al diritto del lavoro, dal diritto previdenziale al diritto amministrativo).

La ricerca, senza pretendere di esaurire l’ambito dell’intervento pubblico in relazione ai fini perseguiti, contiene significativi contributi che possono essere letti anche in questa chiave, e non soltanto come indagini sui mezzi usati.

Pure sotto questo profilo nel cinquantennio si registrano importanti cambiamenti: anche questa volta determinati in parte dall’irruzione del diritto europeo che ha valorizzato soprattutto la funzione di *regolazione* (che io personalmente intendo nel senso ristretto sopra indicato) ed ha trasferito una quota rilevante degli interventi finalizzati alla *stabilizzazione* al livello sovranazionale. Basti leggere i due contributi dedicati alla regolazione bancaria e alla BCE (v. D.R. Siclari, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla ‘neutralizzazione’ dell’indirizzo politico sul mercato all’unificazione europea* e F. Zatti, *Il controllo della BCE sulle economie nazionali*, in questo volume).

Riservandomi qualche considerazione sulle finalità dell’intervento pubblico in Italia nella seconda parte di questo intervento, partirei con alcune riflessioni sui mezzi che lo Stato italiano ha impiegato nel cinquantennio trascorso per influire sull’andamento della vita economica; e ciò a partire dai singoli contributi alla ricerca.

Il cinquantennio comincia sotto l’egida di una Costituzione che, nella parte economica, non è particolarmente innovativa: ed eleva a livello costituziona-

le schemi di azione che erano stati già conosciuti nell'ultima fase dello Stato liberale e durante il fascismo.

A) È prevista un'attività economica pubblica (art. 41 co. 3): in linea con il codice civile che imputa tale attività agli enti pubblici economici e alle imprese esercitata dallo Stato e dagli enti pubblici non economici (art. 2093, co. 1 e 2) e nello stesso tempo riconosce il diritto dello Stato e degli enti pubblici di partecipare al capitale di società per azioni di diritto comune (artt. 2459 e 2460 c.c., oggi sostituiti dagli artt. 2448 e 2450 c.c.).

Non viene fissata una linea di demarcazione tra attività economica pubblica e quella privata e quindi non viene stabilito un limite all'impresa pubblica: quel limite che Luigi Einaudi aveva cercato di introdurre in Costituzione quando aveva proposto un emendamento per cui la legge non è strumento di formazione di monopoli economici.

Ovviamente lo Stato non può espellere dal mercato l'impresa privata visto che l'iniziativa economica privata è libera (art. 41 co. 1). Ma si tratta di un confine molto mobile.

Altrettanto indeterminata è la linea divisoria tra proprietà pubblica (compreso l'azionariato pubblico) e proprietà privata. Nessuna delle due può essere soppressa, ma dove stia il confine l'art. 42 co. 1 Cost. non lo dice.

La dilatazione della sfera pubblica (impresa e proprietà) è poi prefigurata dall'art. 43 Cost.: che consente la riserva originaria o la nazionalizzazione di imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o situazioni di monopolio, sempre che tali imprese abbiano carattere di preminente interesse generale.

B) Alla seconda specie di intervento pubblico nell'economia rimanda l'art. 41, co. 2 e 3 Cost.

Quando stabilisce che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana (art. 41 co. 2), la Costituzione presuppone che l'iniziativa economica privata, pur rappresentando esercizio di una libertà che viene garantita (co. 1), possa pregiudicare interessi pubblici o privati.

Ciò non soltanto giustifica una specifica disciplina del contratto di lavoro (il contratto che lega colui che esercita un'attività economica ai suoi dipendenti), una disciplina che tenga conto della disegualianza sostanziale fra le parti (una delle quali potrebbe essere menomata da condizioni contrattuali vessatorie, nella sua libertà e dignità, ossia in quei beni ai quali l'art. 41 co. 2 rinvia), ma costituisce il fondamento di un generale potere autorizzativo della pubblica amministrazione al cui esercizio sono subordinati l'avvio e lo svolgimento dell'attività economica. La verifica della mancanza di un contrasto tra l'iniziativa economica privata e l'utilità sociale giustifica, a causa della ampiezza della nozione

di utilità sociale, la previsione di migliaia di regimi autorizzativi. Poiché tale verifica è fatta *ex ante*, prima che l'attività privata venga avviata, all'amministrazione viene attribuita una capacità divinatoria; quanto meno nei casi, all'epoca numerosissimi, in cui la valutazione dell'autorità non poggia su criteri ispirati ad una qualche oggettività.

L'altro schema è previsto dall'art. 41 co. 3.

Qui l'attività economica privata (ma anche quella pubblica) viene presa in considerazione non sotto il profilo del suo eventuale contrasto con l'utilità sociale (così l'art. 41 co. 2), ma in relazione alla sua strumentalità rispetto ai fini sociali che il legislatore ha deliberato di perseguire. L'attività economica privata non solo non deve essere nociva all'interesse pubblico, ma deve costituire anche un mezzo per la sua soddisfazione. Stando alla lettera dell'art. 41, essa potrebbe essere vietata non solo perché contrasta con l'interesse pubblico, ma anche quando, pur non contrastandovi, non concorre a soddisfare: in linea con l'originaria proposta Mortati per cui l'attività economica è interamente funzionalizzata al perseguimento dell'interesse collettivo.

Se fosse stato portato alle sue estreme conseguenze (ma per fortuna ciò non è accaduto), l'art. 41 co. 3 avrebbe vanificato la portata del comma 1, ossia ridotto al lumicino l'iniziativa economica privata.

Anche se ciò non è avvenuto perché i programmi e i controlli funzionali all'indirizzo e al coordinamento a fini sociali dell'attività economica privata non sono stati così penetranti come la norma costituzionale pareva autorizzare, di questo schema vi sono tuttavia abbondanti tracce nella legislazione, proprio a partire dall'inizio del periodo preso in considerazione dalla ricerca: quando alla fase liberistica che aveva caratterizzato la ricostruzione ed il miracolo economico, è seguita la fase interventistica coincisa con il primo governo di centro-sinistra e poi, in modo più massiccio, negli anni Settanta del secolo scorso.

I due schemi cui si è accennato sono spesso convissuti in uno stesso plesso normativo: autorizzazione e programmi – autorizzazioni da rilasciare solo se conformi ad un programma.

2. All'inizio del cinquantennio i pubblici poteri in Italia si muovono entro la cornice costituzionale sopra sommariamente descritta.

Un folto gruppo di imprese pubbliche e di enti pubblici economici; monopoli pubblici nel settore dell'energia termica (l'ENI), dell'energia elettrica (l'ENEL), il primo ed unico esempio di nazionalizzazione *ex art. 43 Cost.*; monopolio pubblico dei grandi servizi nazionali (poste, ferrovie, trasporto aereo, telecomunicazioni, RAI-TV); monopolio pubblico dei servizi pubblici locali; governo politico delle partecipazioni statali (almeno nella carta) realizzato con la istituzione del ministero delle partecipazioni statali; leggi di settore che attribu-

iscono alle imprese a partecipazione statale situazioni di monopolio anche in settori diversi dal *core business* (per esempio, le misure a favore delle imprese IRI per la realizzazione della rete autostradale).

È un sistema che ha successo, secondo alcuni sino al 1963, secondo altri sino al 1968.

L'impresa pubblica concorre con l'impresa privata a quel prodigio, da molti inaspettato, che è il miracolo economico italiano. Un sistema che comincia a scricchiolare sin dai primi anni del cinquantennio a cui si riferisce la ricerca. Sono stati versati fiumi di inchiostro, a partire dagli anni Settanta sulle ragioni politiche, ed economiche per cui il miracolo è finito e l'Italia ha imboccato una china che ancora non riesce a risalire.

Un'indagine giuridica come quella estremamente articolata che è stata fatta dal gruppo di ricerca ha messo in luce le trasformazioni che gli schemi di intervento pubblico nell'economia hanno subito per effetto del diritto comunitario. A partire, come vedremo subito, da quella specie di intervento che si manifesta nell'esercizio diretto di attività imprenditoriale da parte dei pubblici poteri e che è stato drasticamente ridotto sotto l'influenza del diritto comunitario.

3. Il Trattato istitutivo della Comunità economica europea «lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri» (art. 222): quindi non incide sul regime dell'impresa pubblica. In realtà questa neutralità tra pubblico e privato – per quanto riguarda la proprietà azionaria – è solo apparente. Ci sono almeno due principi, contenuti in altri articoli del Trattato, che pongono un serio limite alla libertà dei pubblici poteri di creare proprie imprese.

Le imprese pubbliche sono soggette alle regole di concorrenza (art. 90, poi 86). L'obbligo è imposto agli Stati membri: i quali non possono sottrarre le loro imprese alle regole di concorrenza e, ove l'abbiano fatto in passato, sono tenuti ad abrogare le norme che lo consentono. La singolare formula usata da questa come da altre disposizioni del Trattato («gli Stati membri non emanano *né mantengono* [...]») conferisce al divieto efficacia sostanzialmente retroattiva: perché impone agli Stati membri di espellere dai propri ordinamenti le norme che assegnano alle imprese pubbliche monopoli legali. Questo obbligo e il correlativo divieto conoscono una parziale eccezione, che riguarda le imprese (non solo pubbliche ma anche private) che sono incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale (ne parleremo più oltre).

Poiché la convenienza a istituire un'impresa pubblica è spesso legata alla condizione monopolistica che le è assegnata, è evidente che la regola europea costituisce un potente disincentivo alla creazione di nuove imprese pubbliche; e nello stesso tempo mette in discussione, sino a farla venir meno, la ragione per il mantenimento in vita di imprese pubbliche esistenti.

L'altra regola europea che concorre al ridimensionamento del complesso delle imprese pubbliche è quella che vieta gli aiuti concessi dagli Stati, o mediante risorse statali, quando falsino o minaccino di falsare la concorrenza (artt. 92 sgg.). Il divieto colpisce anche le misure con cui lo Stato conferisce alla sua impresa capitali che prescindano da qualsiasi prospettiva di redditività: mentre non riguarda le operazioni che lo Stato o l'ente pubblico compiono in circostanze analoghe a quelle in cui si troverebbe un investitore privato che conferisse capitali in funzione della loro capacità di produrre reddito a termine più o meno breve. Questa distinzione viene richiamata in due sentenze della Corte di Giustizia del 1991 (sent. 21 marzo 1991, causa C-303/88; 21 marzo 1991, causa C. 305/89): lo Stato italiano, integrando il fondo di dotazione di un ente di gestione di partecipazioni statali con funzioni di salvataggio dell'impresa beneficiaria, senza prospettiva di redditività non è assimilabile all'investitore privato, ma conferisce un aiuto di Stato incompatibile col trattato.

Che l'impresa pubblica sia una potenziale destinataria di aiuti di Stato, atti a falsare la concorrenza, la Commissione europea, dotata del Trattato di un'ampia competenza sulla vigilanza delle regole antitrust (art. 90 par. 3), lo aveva chiaro sin dal 1980 quando emanò una direttiva (n. 80/723/CEE) sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche. La direttiva muove dalla considerazione che l'autorità pubblica può influire sulle decisioni della sua impresa per scopi di carattere generale, il che è perfettamente lecito ma non autorizza la violazione del divieto di aiuti di Stato (C. giust., Sent. 6 luglio 1982, cause C-188-190/88).

Le imprese a partecipazione statale, dopo i successi degli anni Cinquanta e Sessanta hanno subito un progressivo declino in buona parte legato alla formula: in cui c'è commistione tra l'interesse pubblico esterno alle imprese, di cui dovrebbero farsi carico gli organi di governo del sistema, (ministro delle partecipazioni statali, CIPE, amministratori degli enti di gestione), e l'interesse sociale, spesso piegato all'interesse pubblico esterno e ancor più spesso pregiudicato dalla collusione tra politici, amministratori di estrazione politica e sindacati. Come risultato vi è un indebitamento crescente: a fine 1992 l'IRI aveva debiti per 21.654 miliardi di lire, l'ENI per 8271 miliardi, l'EFIM per 9000 miliardi.

Agli inizi degli anni Novanta il sistema delle partecipazioni statali, al quale la dottrina amministrativistica aveva dedicato tanta attenzione, viene liquidato. Con d.l. n. 223/1992 conv. in L. 359/1992 l'IRI e l'ENI vengono trasformati in società per azioni: e la stessa sorte subiscono l'INA e l'ENEL; con d.l. n. 118/1993 viene soppresso il ministero delle partecipazioni statali; nello stesso anno viene posto in liquidazione l'EFIM.

La trasformazione degli enti pubblici economici in società di capitali, il cui unico azionista è il ministero del tesoro, viene deliberata anche in funzione del-

la successiva privatizzazione di una quota del capitale. Si può vendere una parte del capitale azionario, non si può vendere una parte di un ente. La trasformazione dell'ente pubblico economico in società di capitale è la condizione necessaria per una sua più parziale privatizzazione.

La privatizzazione è anch'essa un prodotto europeo.

Con l'accordo Andreatta-Van Miert del 29 luglio 1993 l'UE prende atto della responsabilità dello Stato come azionista unico delle nuove società nate dalla trasformazione degli enti di gestione per i debiti al 31 dicembre 1993 (tetto massimo), ma in cambio impone la riduzione della partecipazione azionaria nell'IRI e chiede l'impegno a ridurre l'indebitamento a «livelli fisiologici» entro il 1996 (De Benedetti, 2016: 105).

Il d.l. n. 333/1992, che avvia la privatizzazione, ha significativamente come titolo *Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica*. Lo Stato italiano si trova nelle condizioni di chi ha grossi debiti e un ingente patrimonio ed è costretto a vendere per soddisfare i creditori.

Un altro settore nel quale gli enti pubblici economici vengono smantellati è quello delle banche. Alle soglie del 1900 ci sono sei istituti di credito di diritto pubblico, tre banche d'interesse nazionale costituite in forma di società per azioni in pubblico controllo e circa settanta casse di risparmio. Quando nell'immediato dopoguerra ci fu qualcuno che propose la nazionalizzazione delle banche Luigi Einaudi ebbe buon gioco nel replicare che nella maggior parte il sistema bancario italiano era già pubblico (Cassese, 2000: 1512). Più precisamente c'era un assetto pubblico-privato in base al quale il fine di lucro, che è presente, viene distinto dalla devoluzione del lucro che viene destinato a finalità benefiche: una forma indiretta o 'surrogata' di protezione del consumatore (il cliente della banca) in ragione della significativa asimmetria informativa tra le due parti (Zoppini, 2005: 115).

Con la riforma bancaria Amato-Ciampi del 1990 (l. 2188/1990 e d.lgs. n. 356/1990) ciascuna banca pubblica viene scissa in due: una società per azioni chiamata a esercitare il credito e raccogliere il risparmio e un 'ente conferente' (che la dottrina qualificherà fondazione bancaria), titolare della partecipazione azionaria.

Si è trattato di una vicenda tormentata: in cui l'originario criterio della necessaria permanenza del controllo pubblico sulla maggioranza del capitale della società bancaria (art. 2 co. 1 lett. d) l. 218/1990 è stato superato con una legge successiva (l. 474/1994) che consente la dismissione delle partecipazioni: mentre la tendenza alla privatizzazione della fondazione ha avuto una brusca battuta d'arresto con la legge finanziaria del 2002. A seguito di un importante parere del Consiglio di Stato, che ha smontato uno schema di regolamento predisposto dal ministero del tesoro e di due successive sentenze della Corte costituzio-

nale (n. 300 e 301/2003) alle fondazioni bancarie vien oggi pacificamente riconosciuta natura di persona giuridica privata, al pari delle s.p.a. delle quali continuano ad essere, ma in sempre minor misura, azioniste.

Una figura che ha caratterizzato per settant'anni il panorama organizzativo pubblicistico – l'ente pubblico economico – è quasi sparito negli anni Novanta del secolo scorso.

Con la sua fine è venuto meno un ibrido: un soggetto imprenditore che non conosce capitale di rischio né scopo lucrativo né distribuzione di utili, che è sottratto al fallimento e alle altre procedure concorsuali. Un soggetto che beneficia della alterazione della parità fra le parti nella competizione economica, e vive la contraddizione tra l'attività economica e un interesse pubblico che genera controlli e direttive pubblici (Irti, 1998: 130).

4. Altro ambito classico di intervento diretto dei pubblici poteri è quello dei servizi pubblici.

Si tratta di servizi ai quali tutti devono potere accedere e dei quali si fa carico lo Stato o l'ente locale erogandoli o con i propri apparati o con soggetti strumentali (aziende di Stato, aziende municipalizzate, concessionari, appaltatori ecc.). La gestione è in linea di massima monopolistica: un servizio pubblico, un gestore.

L'art. 43 Cost., non si sa quanto consapevolmente, ipotizza un servizio pubblico (essenziale) erogato da imprese private. A fini di utilità generale, le imprese che si riferiscono a servizi pubblici essenziali ed abbiano carattere di preminente interesse generale (ma come possono non averlo, visto che erogano un servizio pubblico?) possono essere riservate originariamente o espropriate a favore dello Stato o di enti pubblici. È sottinteso che prima della imposizione della riserva originaria o del trasferimento mediante espropriazione o in assenza di queste due misure, c'è un servizio pubblico essenziale gestito da privati.

In realtà l'art. 43 non esaurisce l'ambito dei servizi pubblici essenziali perché riguarda, i servizi che sono prodotti nell'esercizio di un'impresa. Restano fuori, per esempio, la sanità, la scuola, l'assistenza, la previdenza (artt. 32, 33, 34 e 38), ossia quelli che sono chiamati servizi sociali e le cui prestazioni vengono rese in forme diverse dall'impresa (in genere da pubbliche amministrazioni).

In modo sistematico la costituzione riproduce una distinzione classica: la distinzione tra i servizi industriali e commerciali e i servizi 'propriamente detti' (servizi amministrativi, servizi sociali).

Queste due categorie le ritroviamo nel diritto europeo.

Il Trattato di Roma si occupa dei servizi di interesse economico generale (art. 86), ossia di quelli che la dottrina amministrativistica francese ha sempre definito servizi industriali e commerciali. Restano esclusi i servizi di interesse generale non economico sui quali gli Stati membri conservano esclusiva competenza.

La regola che il Trattato stabilisce è antitetica, per un aspetto, alle nozioni di servizio pubblico esistenti negli Stati membri.

Nella concezione 'classica' il servizio pubblico è definito dalla gestione pubblica (J. Rivero) e quindi la sua erogazione è affidata a un monopolista (lo Stato, l'ente locale, l'azienda pubblica, il concessionario ecc.); nel Trattato di Roma la norma sui servizi di interesse economico generale è inserita nel capo dedicato alle 'regole di concorrenza'.

Coerentemente «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale» vengono sottoposte «alle regole di concorrenza» (art. 86): il che presuppone che uno stesso servizio venga reso da più imprese o, nei casi in cui sia impossibile la coesistenza di più gestori (per esempio a causa dello spazio limitato, come in alcuni servizi pubblici locali), richiede che il gestore venga scelto con un meccanismo concorsuale (la c.d. concorrenza per il mercato, in luogo della concorrenza del mercato).

L'idea di fondo è che i servizi di interesse economico generale sono pur sempre dei servizi, ossia prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione (oggi art. 57 T.F.U.E.); e quindi vanno sottoposti al principio della libertà di prestazione (dei servizi), che costituisce assieme alle altre tre libertà di circolazione fra le frontiere (delle merci, delle persone e dei capitali) uno degli assi portanti della costruzione comunitaria.

Il regime dei servizi di interesse economico generale e il regime dei servizi *tout court* non sono, tuttavia, identici.

Accomunati dalle regole di concorrenza, essi si distinguono sotto due aspetti. Innanzitutto le imprese che gestiscono i SIEG sono *incaricate* della gestione: e l'incarico lo ricevono dallo Stato o dall'ente territoriale perché adempiano «una specifica missione» (così la parte finale dell'art. 86 par. 2). E la missione è quella di assicurare il servizio a tutti o a tutti quelli che lo richiedono: l'erogazione dell'acqua potabile, dell'energia elettrica, i trasporti, le poste, la telefonia ecc. A differenza dei meri servizi che vengono resi solo in presenza di una domanda del consumatore, e la cui produzione è rimessa al mercato; i servizi di interesse economico generale devono essere garantiti dallo Stato e garantiti alla totalità dei cittadini.

Il diritto europeo ha mutuato dall'ordinamento degli Stati membri il principio della universalità del servizio, o dell'eguaglianza di tutti di fronte al servizio. Perché possa adempiere alla sua specifica missione, l'impresa incaricata del servizio può essere esonerata dall'osservanza delle regole di concorrenza quando l'applicazione di tali regole osti all'adempimento, in linea di diritto o di fatto, di quella missione. Ciò si verifica nei casi in cui l'impresa non ha interesse a rendere il servizio perché la sua prestazione richiederebbe costi di produzione che non potrebbero essere coperti dal corrispettivo (il prezzo deve essere 'abbor-

dabile' da tutti): è il caso della posta da recapitare in villaggi semipopolati di alta montagna e del trasporto aereo alle isole minori. Una delle ragioni tradizionali dell'intervento pubblico, l'esigenza di fornire un bene o un servizio che il mercato non renderebbe, ritorna a giustificazione di una deroga al regime di concorrenza in un settore, come quello dei SIEG, in cui la concorrenza è la regola.

Ciò ha indotto la Corte di Giustizia (e successivamente le altre istituzioni comunitarie nelle direttive di settore) ha progressivamente isolare nell'ambito di ciascun SIEG un nucleo (servizio universale) che deve essere comunque garantito agli utenti: a costo di sovvenzionare l'impresa che lo eroga (sovvenzionarla, per esempio addossando il costo delle prestazioni non remunerative alle altre imprese che non sono tenute a prestare il servizio universale) o di compensare le perdite che l'impresa subisce erogando il servizio universale, assegnandole un monopolio in un altro segmento del servizio, più lucroso. La dimensione del servizio universale è influenzata dalla tecnologia: è questa la ragione per cui esso varia da servizio a servizio e quasi non esiste più nelle comunicazioni elettroniche (telefoni, radio-televisione ecc.).

Il principio stabilito dal Trattato in tema di SIEG è stato poi trasfuso in numerose direttive in tema di energia, gas, comunicazioni elettroniche, poste, ferrovie, trasporti (aerei, marittimi, su strada) ecc.: e ad esse hanno fatto seguito, a partire dagli anni novanta in poi, gli atti normativi interni di recepimento. È questa la ragione per cui oggi il panorama dei servizi pubblici nazionali è profondamente cambiato. Non abbiamo più un'azienda di Stato per i servizi telefonici ma più operatori per la telefonia: abbiamo più imprese elettriche, e l'ENEL è solo una di queste (anche se continua ad esse la più importante), abbiamo imprese di trasporto aereo in concorrenza fra loro e l'Alitalia non è più la prima; abbiamo altri operatori postali che concorrono, sia pure in posizione ancora marginale, con Poste Italiane s.p.a. e operatori ferroviari che affiancano, in posizione ancor più marginale, la società ferroviaria pubblica.

Le aziende di Stato produttrici dei grandi servizi pubblici nazionali sono sparite, come sono sparite gli enti pubblici economici che gestivano alcuni dei servizi più importanti.

Alla liberalizzazione dei servizi si è accompagnata la privatizzazione, totale o parziale dei soggetti che le erogavano. Il cambiamento dell'assetto organizzativo dei servizi pubblici si è intrecciato con quello delle grandi imprese pubbliche: il che è dipeso dal fatto che alcuni di questi avevano il monopolio di un servizio pubblico. Nel diritto europeo i due aspetti sono strettamente connessi. La disposizione del Trattato che assoggetta alle regole di concorrenza le imprese incaricate della gestione dei SIEG è applicabile anche alle imprese pubbliche. Se non tutte le imprese pubbliche hanno erogato storicamente servizi pubblici (e quando non l'hanno fatto, esse sono soggette solo al par. 1 dell'art. 86) alcu-

ne di loro hanno svolto questo compito (e ad esse si applicano entrambi i com- mi nell'art. 86 par. 2).

In parte comune e in parte diverso è il discorso che riguarda i servizi pub- blici locali.

L'esigenza che anch'essi venissero sottoposti alle regole di concorrenza è sta- ta avvertita più tardi: sia perché l'ambito territoriale circoscritto non è stato per anni ritenuto una parte sostanziale del mercato comune (artt. 85 e 86) – ossia lo spazio in cui trovano applicazione le regole di concorrenza; – sia per la resi- stenza che le amministrazioni regionali e locali, e i loro rappresentanti in seno alle istituzioni comunitarie, hanno opposto alla soppressione del monopolio dei servizi pubblici locali di cui erano titolari.

Quale fosse l'idea corrente in Italia sino ad alcune decenni addietro lo attesta la norma sui servizi pubblici locali contenuta nella legge sulle autonomie loca- li del 1990 (art. 22 l. 142/1990). Sono previste come modalità di gestione, fra le altre, la concessione a terzi, l'azienda speciale o una società di capitali a pre- valente capitale pubblico: è lontana dal legislatore l'idea che la scelta del gestore debba avvenire con gara (concorrenza per il mercato).

Dopo qualche anno le cose cambiano. Con una sequenza convulsa di norme (art. 113 d.lgs. n. 267/2000 e s.m.) viene introdotto l'obbligo degli enti locali di scegliere il gestore con gara ad evidenza pubblica: la gestione a mezzo di una propria società, e quindi, senza gara è ammessa solo quando tale società abbia le caratteristiche dell'organismo di diritto pubblico (capitale interamente pub- blico, controllo sulla società analogo a quello che l'ente esercita sui propri ser- vizi, attività della società svolta prevalentemente a favore dell'ente o degli enti pubblici che la controllano).

Una storica e gloriosa figura organizzativa per la gestione di servizi pubblici locali come l'azienda municipalizzata è così sparita, da quando il legislatore ne ha previsto la trasformazione in società di capitali (l. 127/1997). È evidente il parallelismo con la sorte subita dalle aziende di Stato.

Ai servizi pubblici, e alla trasformazione del loro assetto intervenuto nel cin- quantennio, sono dedicati tre approfonditi contributi facenti parte della ricerca.

S. Torricelli ha esplorato i processi di privatizzazione, che hanno investito i soggetti e i rapporti, mettendo in luce i limiti dell'operazione e i vincoli che deri- vano dell'esistenza di reti (*essential facilities*) che in molti servizi esigono una gestione unitaria che garantisca un accesso non discriminatorio e un loro uti- lizzo da parte dei produttori del servizio (v. *Le privatizzazioni nelle gestioni dei servizi pubblici. Dall'unitarietà alla disgregazione dei modelli*, in questo volume).

E. Boscolo ha esaminato sia i servizi di interesse economico generale sia in servizi sociali, mettendo in luce le analogie (funzione di legittimazione dei pub- blici poteri, uguaglianza nell'accesso) e le differenze (gestione in forma di impre-

sa e non, condizionamenti finanziari e loro limiti); e si è soffermato, per quanto riguarda i servizi sociali, sull'ampliamento dei contenuti reclamata dalla crisi economica: sicché anche la somministrazione dei pasti finisce oggi con il far parte dei servizi indispensabili a chi non riesce a soddisfare autonomamente il relativo bisogno (v. *L'unificazione attraverso la garanzia delle prestazioni di servizio pubblico*, in questo volume).

D.U. Galetta e G. Carullo si sono occupati di quel particolare fenomeno che è l'*in house* (o *in house providing*), quella sorta di ciambella di salvataggio alla quale gli amministratori regionali e locali si sono tenacemente aggrappati: allo scopo di per mantenere in vita gestioni sostanzialmente pubblicistiche dei servizi pubblici locali, economicamente e socialmente inefficienti ma politicamente utili a fini clientelari e di consenso elettorale (v. *Gestione dei servizi pubblici locali e in house providing: novità, auspici e scenari futuri in una prospettiva di de-frammentazione del sistema*, in questo volume).

5. Il controllo pubblico sull'attività economica privata ha una lunga tradizione. L'attività economica privata, come e più di qualunque attività privata, può ledere l'interesse pubblico. Tuttavia, se essa venisse vietata, la società languirebbe e assumerebbe l'aspetto triste, oppressivo e impoverito delle società sottoposte a regimi che hanno integralmente sostituito l'attività privata con l'attività dello Stato e delle emanazioni dello Stato. Nel mondo occidentale i rapporti tra lo Stato e l'attività economica sono retti dallo schema classico del divieto con riserva di permesso: l'attività economica privata può essere autorizzata quando non pregiudica l'interesse pubblico e la valutazione della inesistenza del contrasto è rimessa all'autorità amministrativa. Il controllo pubblico investe l'iniziativa economica, e quindi l'avvio dell'attività economica, lo svolgimento dell'attività economica, i prodotti che ne sono l'esito (merci e servizi), la loro destinazione ecc.

L'autorizzazione condiziona l'avvio dell'attività; se poi si tratta di un mercato in cui il numero degli attori è predeterminato o comunque necessariamente limitato (es. lo sfruttamento da parte di privati di beni demaniali), lo strumento giuridico che consente l'avvio dell'attività è la concessione.

L'attività economica richiede spazi (il terreno su cui impiantare una fabbrica), uso di materiali che possono essere nocivi, emissioni nell'aria o nell'acqua e nel sottosuolo, uso di forza lavoro ecc.: in ciascuno dei suoi momenti essa può mettere a repentaglio diritti e interessi altrui e quindi un interesse pubblico (all'uso corretto del suolo, alla salubrità dell'ambiente, ai diritti dei lavoratori, alla salute dei consumatori ecc.). Da qui l'enorme varietà dei modi in cui il controllo pubblico sull'attività economica privata può essere esercitato e viene concretamente esercitato (per averne un'idea basta leggere il capitolo sesto di Giannini, 1995: 177-228).

L'inserzione dei tradizionali poteri autorizzativi in più complessi programmi finisce spesso per convertire le autorizzazioni in vere e proprie concessioni. Non più, come diceva la vecchia dottrina (O. Ranelletti), diritti, che preesistono nella sfera giuridica del privato e il cui esercizio è subordinato all'assenso dell'autorità, ma situazioni soggettive che nascono dall'atto dell'autorità e vengono in vita solo dopo che l'autorità ha provveduto a concederle (lo schema della concessione).

L'Italia ha vissuto l'ubriacatura della programmazione proprio all'inizio del cinquantennio. Il programma economico nazionale 1966-1970, il secondo programma economico nazionale 1973-77, il progetto 80, i piani verdi, la contrattazione programmata: programmi e piani il cui impatto economico è stato sostanzialmente irrilevante, ma che sono penetrati, come schemi a cui assoggettare l'iniziativa economica privata, nelle leggi di settore a partire dall'inizio degli anni settanta dello scorso secolo.

Qualche esempio.

La legge sul commercio (l. 426/1971) subordina l'esercizio dell'attività all'iscrizione in un registro di coloro che chiedono di svolgere tale attività (art. 2) e prescrive una autorizzazione amministrativa per l'apertura, il trasferimento e l'ampliamento degli esercizi di vendita (art. 24): autorizzazione a sua volta inquadrata nel piano comunale di sviluppo e adeguamento della rete di vendita, un piano che deve assicurare, fra l'altro, il maggiore possibile equilibrio tra installazioni comunali e la presumibile capacità di domanda della popolazione stabilmente residente e fluttuante (art. 11). È il consiglio comunale che determina in definitiva il numero degli esercizi, rigidamente distinti per settori merceologici, in relazione ad una domanda che è lo stesso consiglio comunale a presumere. Se poi si considera che il piano commerciale è tenuto al «rispetto delle previsioni urbanistiche» contenute nel piano regolatore comunale, non si può che concludere che siamo in presenza di una disciplina che ben potrebbe attagliarsi ad uno stato socialista: se non fosse che tale disciplina è rimasta in moltissimi Comuni sulla carta perché quasi nessun piano di sviluppo e adeguamento è stato approvato.

Altro ambito in cui l'idea di pianificazione ha trovato grande applicazione (per la verità sin dai tempi del fascismo) è quella dell'urbanistica.

Con legge n. 10/1977 (*Norme per l'edificabilità dei suoli*) la vecchia licenza edilizia diventa concessione edilizia: sul presupposto, non esplicitato nell'articolato normativo ma sottinteso, che il proprietario di un'area ineditata è proprietario, appunto, della sola area e che quello che una volta era chiamato *ius edificandi* (un diritto o una facoltà inerente al diritto di proprietà) è frutto di una concessione del Comune che è, quindi, il proprietario del soprassuolo. Rilasciando la concessione, il Sindaco trasferisce sostanzialmente un bene di proprietà comunale dietro corrispettivo degli oneri di urbanizzazione e del contributo del costo di costruzione (artt. 5 e 6) che il proprietario è tenuto a versare.

Ai piani urbanistici già previsti dalla legislazione precedente (piano regolatore comunale, piano particolareggiato, piani di zona per l'edilizia economica e popolare), si aggiungono i programmi pluriennali di attuazione (art. 13). Essi delimitano le aree nelle quali debbano realizzarsi, entro un periodo di tempo compreso tra tre e cinque anni, anche a mezzo di comparti, le previsioni degli strumenti urbanistici generali.

Per i proprietari delle aree indicate ricomprese nel programma pluriennale di attuazione costruire non è più una facoltà (sia pur subordinata alla concessione comunale), ma è un obbligo («debbono realizzarsi [...]»: art. 13). Anche in questo caso la prassi è stata più saggia della teoria enunciata dal legislatore: perché di programmi pluriennali di attuazione i comuni italiani ne hanno fatto ben pochi.

Un terzo esempio è offerto da un testo legislativo più recente: la c.d. legge Bindi (d.lgs. n. 229/1999) che ha modificato, in senso statualista, il decreto del 1992 di riordino della disciplina in materia sanitaria (d.lgs. n. 502/1992).

La realizzazione di strutture e l'esercizio di attività sanitarie e sociosanitarie sono subordinate ad autorizzazione (del Comune) e ad una verifica di compatibilità del progetto da parte della regione: verifica che va effettuata in relazione al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale (art. 8, co. 4 d.lgs. n. 220/99 cit.).

Anche in questo caso è il soggetto pubblico che valuta il fabbisogno (ossia la domanda presumibile) e a tale valutazione (positiva) subordina il rilascio dell'autorizzazione.

Si tratta, si badi bene, di strutture che erogano prestazioni ai pazienti paganti in proprio: senza che il loro costo gravi sul servizio sanitario nazionale (in questo caso non basta l'autorizzazione, ma occorrono l'accreditamento e l'accordo con l'ASL).

6. Le cose sono lentamente cambiate sotto la spunta del diritto europeo.

Il Trattato di Roma vieta le restrizioni quantitative all'importazione o all'esportazione delle merci, ma lascia impregiudicato il potere dello Stato membro di limitare l'ingresso entro i propri confini di merci quando lo giustificano motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza ecc.: tutti gli interessi pubblici elencati nell'art. 36 del Trattato di Roma.

La Corte di Giustizia ha arricchito l'elenco includendovi le 'esigenze imperative' che, sebbene non riconducibili agli interessi pubblici espressamente elencati, giustificano restrizioni quantitative all'importazione o all'esportazione o misure di effetto equivalente (quali potrebbero essere regimi autorizzativi particolarmente stringenti).

Quello che il Trattato vieta comunque agli Stati membri è di limitare la circolazione delle merci (e la libera prestazione dei servizi) a tutela di interessi di

tipo economico: obiettivi di natura economica non possono costituire un motivo di interesse pubblico che giustifichi una restrizione ad una libertà fondamentale garantita dal Trattato (C. Giust. – C-388/35, *Jundimos*, par. 20; in precedenza, C-4/73, *Nold*). La pretesa dello Stato di ridurre o eliminare i rischi insiti nell'attività economica, per esempio attraverso la predeterminazione della domanda da soddisfare, non giustifica la limitazione della libera circolazione delle merci e dei servizi nello spazio europeo perché l'alea è connaturata all'attività economica (caso *Nold* cit.).

L'incidenza di questo principio nella legislazione degli Stati membri si spiega perché il Trattato non vieta solo le dirette limitazioni della libertà di circolazione delle merci e di prestazioni dei servizi non giustificati della tutela degli interessi pubblici espressamente elencati... o individuati dalla Corte di Giustizia: ma vieta anche le misure di effetto equivalente alle restrizioni quantitative all'importazione o all'esportazione, ossia le c.d. barriere non tariffarie, create da regimi programmatori e autorizzativi.

Ecco perché, per esempio, nella disciplina del commercio dettata dal d.lgs. n. 114/1998, dichiaratamente ispirata ai principi della «libertà d'impresa e libera circolazione delle merci» (così la rubrica dell'art. 2), non troviamo più i piani commerciali comunali, e l'autorizzazione per gli esercizi di vicinato (superfici di vendita sino a 250 mq) nei comuni non oltre 10.000 abitanti, è sostituita dalla dichiarazione di inizio attività (art. 7).

Dal diritto europeo sono stati mutuati o comunque incentivati istituti come la dichiarazione di inizio di attività, il silenzio-assenso, lo sportello unico: istituti previsti originariamente della legge sul procedimento amministrativo e poi ripresi dalla legge di settore.

La *ratio* è enunciata, nella normativa europea, nei Considerando della direttiva sui servizi nel mercato interno (2006/123/CE del Parlamento europeo).

«È necessario stabilire principi di semplificazione amministrativa, in particolare mediante la limitazione dell'obbligo di autorizzazione preliminare ai casi in cui essa è indispensabile e l'introduzione del principio della tacita autorizzazione da parte delle autorità competenti allo scadere di un determinato termine» (Considerando 43). «Per agevolare l'accesso alle attività di servizi e il loro esercizio nel mercato interno è necessario fissare l'obiettivo, comune a tutti gli Stati membri, di una semplificazione amministrativa e prevedere disposizioni riguardanti, in particolare, gli sportelli unici, il diritto all'informazione, le procedure per via elettronica e la definizione di un quadro per i regimi di autorizzazione» (Considerando 46).

La normativa che in modo spesso ripetitivo ha dato attuazione ai principi di liberalizzazione stabiliti dal diritto europeo, ma in parte autonomamente enunciati dal legislatore italiano sin dal 1990 (l. 241/1990); è illustrata nel contribu-

to sulle liberalizzazioni di G. Cocco (d.l. n. 223/2006 conv. in l. 122/2010; d.l. n. 138/2011 conv. in l. 148/2011; d.l. n. 201/2011 conv. in l. 214/2011; d.l. n. 1/2012 conv. in l. n. 27/2012; l. 124/2015).

La dice lunga il fatto che il legislatore (più precisamente il governo in funzione di legislatore d'urgenza) sia tornato più volte a ribadire che la segnalazione certificata d'inizio d'attività sostituisce in un gran numero di casi l'autorizzazione, che in molti altri casi l'inerzia dell'amministrazione entro il termine stabilito per la conclusione del procedimento equivale ad assenso, o che il coordinamento delle azioni di più autorità va assicurato di solito con la conferenza di servizi, ossia con uno strumento di decisione fondato sul principio di maggioranza (capace di superare i veti opposti da singole amministrazioni). Una battaglia che il governo (i governi succedutisi negli ultimi anni) ha ingaggiato e continua a ingaggiare con amministrazioni riluttanti, non disposte a mettere in discussione la perpetuità dei loro poteri o ad ammettere che i cittadini possono agire di testa propria. Il termine per la conclusione del procedimento è, per la maggior parte delle amministrazioni, un elemento irrilevante: mentre la decisione negativa tardiva, di rigetto della domanda del privato, viene spesso assunta nella forma dell'annullamento o della revoca del silenzio-assenso (tanto è vero che il legislatore è stato costretto a correre ai ripari, stabilendo un termine massimo di 180 giorni per l'esercizio dei poteri di autotutela, così la l. 124/2015).

L'insistenza quasi ossessiva sulla liberalizzazione da parte dei governi succedutisi negli ultimi anni ha anche un'altra ragione. Dal governo Monti in poi si è ritenuto che non ci fosse spazio per giocare un ruolo attivo sull'andamento del ciclo, essendo inibita la manovra monetaria dopo l'adesione dell'Italia alla Moneta Unica Europea: sicché l'unica risposta da dare alla crisi fosse quella di 'dinamizzare' l'attività economica privata liberandola dai vincoli posti dalla pubblica amministrazione (per questa diagnosi, Mersui, 2015: 580-581).

Secondo l'Autore, tuttavia, uno spazio per un intervento sul ciclo economico resterebbe: il «rientro» del debito pubblico con la «monetizzazione» del patrimonio nazionale, spezzando in questo modo la spirale del rinnovo periodico del debito e la conseguente necessità di pagare gli interessi con nuovo debito, Merusi, 2015: 581).

Aggiungerei due considerazioni personali. La prima.

La cultura giuridico-amministrativa ha spesso assecondato le resistenze dell'amministrazione ai processi di liberalizzazione, enfatizzando tutti gli aspetti giudicati negativi o perplessi delle innovazioni in materia di attività amministrativa: dal problema drammatizzato della tutela del terzo contro la DIA o contro la SCIA o allo status superprivilegiato riconosciuto alle amministrazioni dei beni culturali e dell'ambiente (con conseguente legittimazione delle soperchierie cui esse spesso ricorrono), alla strenua difesa delle prerogative delle regioni e

degli enti locali (anche quando pretendono di esercitare vessatoriamente i loro poteri verso i cittadini).

L'altra considerazione, che so essere fortemente impopolare, è questa. Il trasferimento integrale delle competenze amministrative dagli organi politico-amministrativi delle regioni e degli enti locali alle rispettive burocrazie (artt. 4 e 27 d.lgs. 165/2001; art. 107 d.lgs. n. 267/2000) ha posto nelle mani di persone, spesso impreparate, più spesso arroganti, poteri del cui esercizio o mancato esercizio non rispondono davanti ai cittadini: come ne rispondevano, invece, gli amministratori eletti, tenuti a confrontarsi nella successiva tornata elettorale con coloro che li avevano votati.

7. Ma la novità più importante arrivata nella seconda metà del cinquantennio, in tema di controllo pubblico sulla attività economica privata, è costituita dalla regolazione in funzione di tutela della concorrenza.

Al tema sono dedicati più contributi. Oltre i due articoli che riguardano in generale la funzione regolatoria (v. P. Lazzara, *La funzione regolatoria: contenuto, natura e regime giuridico* e M. De Benedetto, *La qualità della funzione regolatoria: ieri, oggi e domani*, in questo volume), ci sono quelle che riguardano la regolazione di singoli mercati (banche, v. D.R. Siclari, *La regolazione bancaria e dei mercati finanziari: dalla 'neutralizzazione' dell'indirizzo politico sul mercato all'unificazione europea*; Consob, v. N. Pecchioli, *Consob e poteri commendatori di conformazione e unificazione del mercato*) o il mercato complessivamente considerato (AGCM, v. F. Cintioli, *Autorità garante della concorrenza e del mercato e il suo ruolo unificante nell'ordinamento*) o la regolazione rispetto alla politica industriale (v. E. Bruti Liberati, *Politica di concorrenza e politica industriale tra unità e differenziazione*).

Premetto che, a mio avviso, la nozione di regolazione ha un senso, che vale distinguerlo dalla generica attività normativa solo se viene intesa nel significato ristretto che è richiamato da M. De Benedetto: quando qualifica la regolazione in funzione dell'obiettivo *antitrust* e, soggettivamente, in ragione dei soggetti che pongono le regole e le amministrano (le autorità di regolazione).

La regolazione, secondo l'opinione che condivido, mira a correggere le differenze o gli insuccessi del mercato (monopoli, esternalità negative, insufficienza d'informazione, fornitura carente di 'beni collettivi' o di 'beni pubblici' in senso economico; un elenco più esteso in SBreyer, Stewart, 1992: 5-13). Presupposto di questa correzione è un teorema fondamentale dell'economia del benessere secondo cui, in certe condizioni, l'esistenza di un mercato concorrenziale comporta un'allocazione efficiente delle risorse, ossia una situazione in cui non esiste nessuna distribuzione differente delle risorse – nessun cambiamento possibile nella produzione o nel consumo – tale che un individuo possa trovarsi me-

glio senza che un altro, nello stesso tempo, si trovi peggio (è l'«efficacia nel senso di Pareto»: così Maione, 1996: 14).

Che la concorrenza sia un valore, o comunque un valore, costituzionalmente riconosciuto, non è un'idea che i padri costituenti condividessero. Significativo è il rigetto della formulazione proposta da Luigi Einaudi (la legge non è strumento di formazione di monopoli economici); ma significativa è la stessa identificazione della iniziativa economica con una libertà che fa di essa il termine di un rapporto giuridico in cui l'altro termine è lo Stato, come nelle libertà fondamentali riconosciute dagli artt. 13 sgg. Il monopolio che l'art. 43 rigetta (o di cui rende possibile la soppressione) è il monopolio privato: un rimedio contro il quale è il monopolio pubblico (da costituire mediante riserva originaria o espropriazione).

Ad un livello sub costituzionale la concorrenza è una questione che riguarda i rapporti tra le imprese: che possono invocare il divieto di concorrenza sleale contro chi usi nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o i segni distintivi legittimamente usati da altri, o diffonda notizie, idonee a determinare discredito, o si approprii di pregi dei prodotti o dell'impresa di un concorrente (art. 2598 c.c.).

A questo quadro è estraneo il consumatore.

È lui invece che il diritto europeo prende prioritariamente in considerazione: quando vieta gli accordi e le pratiche concordate che abbiano per oggetto od effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato interno; o vieta l'abuso di posizione dominante (oggi artt. 101 e 102 T.F.U.E.); o vieta le concentrazioni (fusioni e acquisizioni) restrittive della concorrenza (reg. 4064/89 e s.m.i.).

È il comportamento anticoncorrenziale che viene interdetto, bloccato, sanzionato: a prescindere dal fatto che esso venga denunciato da un imprenditore danneggiato e a prescindere dalla natura pubblica o privata dell'impresa che pone in essere il comportamento anticoncorrenziale.

A ben guardare i trattati europei – che in questa materia contengono disposizioni che risalgono ai testi originari del 1950 (CECA) e del 1957 (CEE) – tutelano la concorrenza non soltanto contro le imprese che la restringono indebitamente, ma anche contro gli Stati: sia quando utilizzano le loro imprese in violazione delle regole di concorrenza o attribuiscono illecitamente diritti speciali o esclusivi (oggi art. 106 T.F.U.E.), sia quando, nell'esercizio dei loro poteri legislativi e amministrativi, limitano la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali all'interno dell'Unione (artt. 28-66 T.F.U.E.): perché sottraggono in questo modo le imprese nazionali alla concorrenza delle imprese degli altri Stati membri che producono gli stessi beni e gli stessi servizi.

L'idea che il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea abbia ridimensionato il principio della concorrenza (perché non figura tra i fini dell'Unione, a seguito della riformulazione, sollecitata dagli statalisti francesi, dell'art. 3 del Trattato) – idea che la dottrina amministrativistica italiana ha molto enfatizzato (se ne trova una eco nel contributo di G. Cocco, par. 5) – è smentita dal successivo art. 127: secondo cui il SEBC «agisce in conformità del principio di un'economia di mercato aperto e in libera concorrenza». È ovvio che tale principio non vincola solo il Sistema Europeo delle Banche Centrali ma anche il complesso delle istituzioni comunitarie, e soprattutto ciascuno degli Stati membri.

Anche in questo caso è il diritto europeo che ha funto da veicolo della concorrenza, nel nostro ordinamento costituzionale. La riforma del 2001 ha incluso nell'elenco delle competenze legislative esclusive dello Stato la tutela della concorrenza, formalizzando un principio che era già penetrato nel sistema italiano attraverso la riconosciuta supremazia del diritto europeo.

La tutela della concorrenza, che deve essere assicurata, anche sotto forma di 'promozione' della concorrenza, dal legislatore statale, esige interventi puntuali che solo un'autorità amministrativa può adottare. Come scrive P. Selznick (Selznick, 1985) la regolazione consiste in un controllo permanente e concentrato, esercitato da un'autorità pubblica su attività dotate di un certo valore sociale. Il che implica che le attività regolate abbiano un valor intrinseco e che perciò debbano essere 'protette' oltre che 'controllate'.

Da qui la configurazione della concorrenza come oggetto di «tutela» (art. 117, co. 2 lett. e) Cost.; da qui l'esigenza che, in ragione del carattere «permanente e concentrato» (ossia puntuale) del controllo, esso sia affidato ad una autorità amministrativa indipendente: indipendente, prima di tutto, dai soggetti controllati (per evitare il rischio, sembra incombente, della «cattura dei regolatori», idea che ha fruttato il premio Nobel dell'economia a G. Stigler), ma indipendente anche dal governo. Se non lo fosse, ci sarebbe il rischio di favoritismo nei confronti delle imprese pubbliche soprattutto in un sistema, come quello italiano, in cui c'era un'ampia presenza di queste, al momento in cui le autorità indipendenti hanno cominciato ad operare.

Tre contributi della ricerca sono dedicati alle autorità indipendenti (AGCM, v. Cintioli, cit.; CONSOB, v. Pecchioli, cit.; F. Di Cristina, *L'Autorità nazionale anticorruzione nel diritto pubblico dell'economia*): ma i problemi della regolazione sono sviscerati anche negli scritti di Siclari e di Zotti sulla regolazione bancaria. Mentre E. Bruti Liberati si è occupato del complesso rapporto tra politica della concorrenza e politica industriale.

La portata del principio di concorrenza va ben al di là dei mercati cui sovrintendono le autorità amministrative indipendenti. Lo dimostra, nella ricerca, il lavoro di G. Bottino sul finanziamento pubblico delle imprese (v. *Il finan-*

ziamento pubblico dell'economia: possibilità, condizioni e limiti): che, per effetto del divieto comunitario degli aiuti di Stato, è oggi prevalentemente limitato ai fondi comunitari e alla loro amministrazione, ossia agli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni meno sviluppate o agli altri fini previsti oggi dall'art. 107 par. 3 T.F.U.E.

Altrettanto significativa è la sezione della ricerca dedicata ai contratti delle p.a. In passato sarebbe stata probabilmente discutibile l'inclusione del tema in un discorso sull'intervento pubblico nell'economia: la materia era retta dalla normativa di contabilità, ispirata all'obiettivo di impedire la collusione tra amministrazione committente ed impresa contraente o comunque di evitare lo sperpero di risorse pubbliche (e quindi, in definitiva, il pregiudizio del contribuente).

Il diritto europeo, senza abbandonare questa impostazione, ha tuttavia assunto la nuova prospettiva del mercato, il mercato del *public procurement*, che si caratterizza perché uno dei contraenti (la p.a.) dispone di un oligopsonio contro il quale va tutelato il mondo delle imprese; un mercato che, dal punto di vista quantitativo, ha una consistenza cospicua che corrisponde a circa un terzo del mercato europeo sicché l'unificazione di questo verrebbe ostacolata se il mercato delle commesse pubbliche non fosse integrato nel mercato generale e se le imprese, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, non fruissero della libertà di prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento che è loro riconosciuta in termini generali dai Trattati.

In altre parole, l'impostazione tradizionale della contrattazione pubblica è ispirata alla tutela del contribuente; il diritto europeo si fa carico anche del mondo delle imprese e dell'universo dei consumatori delle opere e dei servizi pubblici sul presupposto che dalla concorrenza derivino per costoro i massimi benefici.

Nella materia dei contratti pubblici vengono in rilievo altri principi e altri interessi oltre alla concorrenza: per es. la preoccupazione, divenuta ossessiva, della corruzione (lo mette in rilievo nel suo contributo F. Fracchia, segnalando gli appesantimenti che ne derivano nei procedimenti di formazione ed esecuzione dei contratti) o l'esigenza di garantire forme di collaborazione pubblico-privato che richiedono inevitabilmente deroghe alla regola di concorrenza (v. G. Fidone, *Il partenariato pubblico-privato*; ma vedi pure i contributi di G.F. Cartei su infrastrutture e concessioni – *La concessione di lavori pubblici* – e di A. Farì, *L'uso strategico dei contratti pubblici*).

L'enorme complessità dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione, aggravata da una legislazione alluvionale, oscura, spesso ripetitiva, esige che in quei rapporti vengono stabilite delle certezze. La prassi ha creato degli strumenti (circolari interpretative, pareri preventivi, chiarimenti ecc.) che vengono esaminati nel contributo di M. Sica sul diritto all'informazione (v. *Diritto d'interpello e certezza nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione*).

8. Anche se i due curatori, Maurizio Cafagno e Francesco Manganaro, scrivono che la ricerca ha rivolto l'attenzione all'organizzazione amministrativa dell'intervento pubblico (così le considerazioni conclusive), credo che essa sia andata ben al di là di questo ambito: e che la maggior parte dei contributi riguardi non gli apparati, ma le azioni poste in essere. Basti considerare i numerosi contributi che riguardano la regolazione, inclusi quelli che fanno riferimento nel titolo agli organismi di regolazione (come l'AGCM, la CONSOB, la Banca centrale europea ecc.), ma che in realtà esaminano l'attività da essi svolta.

D'altra parte la ricerca, come segnalano i curatori, ha lasciato fuori la disciplina di banche, moneta, mercati finanziari, sviluppo del Mezzogiorno perché lo studio è stato affidato, nella programmazione generale, ad altri gruppi.

Se assumiamo, come dicevamo all'inizio, la prospettiva dei fini dell'intervento pubblico nell'economia e cerchiamo di raggruppare i singoli contributi sotto questa etichetta, dobbiamo prendere atto della limitazione conseguente a detto riparto dei compiti fra i vari gruppi di lavori, ma, soprattutto, del fatto che alcune finalità – specie quelle di redistribuzione della ricchezza – vengono perseguite con strumenti disciplinari che sono estranei al diritto amministrativo (diritto tributario, diritto previdenziale, diritto del lavoro ecc.). Il che non toglie che anche il diritto amministrativo – più precisamente la legislazione amministrativa – possa contribuire, ed abbia contribuito a produrre effetti redistributivi della ricchezza. Lo ricordano nei rispettivi contributi G. della Cananea ed E. Boscolo: trattando l'uno della spesa pubblica e l'altro della politica dei servizi pubblici (v. G. della Cananea, *Disciplina di bilancio e ordinamento della spesa: concordanze e discordanze* e Boscolo, cit.).

Se la storia delle politiche redistributive intervenute nell'ultimo cinquantennio fosse stata fatta – e non è stata fatta per le ragioni sopra richiamate – si sarebbe dovuto parlare della riforma tributaria degli anni Settanta, con l'introduzione dell'IRPEF – ispirata al criterio di progressività del sistema tributario stabilito dall'art. 53 Cost. Una riforma per effetto della quale la pressione fiscale, che era del 25% sul PIL nel 1974 ha raggiunto venti anni dopo (1993) il 42%, superando la media OCSE (34%) di otto punti); e si è poi invertito il rapporto tra imposte dirette e imposte indirette (nel senso che il gettito delle prime ha superato il gettito delle seconde, il cui effetto redistributivo della ricchezza è notoriamente minore).

Altro strumento formidabile di redistribuzione sono state tra gli anni Sessanta e gli anni Ottanta dello scorso secolo le politiche pensionistiche: con la introduzione della pensione sociale (1969) e delle baby pensioni (1973) e con la rivalutazione (1976) delle pensioni minime in base alle retribuzioni dell'industria (a loro volta indicizzate all'inflazione). In questo caso sono stati i contribuenti a tra-

sferire ai pensionati risorse necessarie al pagamento di prestazioni cui non corrispondono i contributi versati (o anche non versati, come nelle pensioni sociali).

Un terzo effetto di redistribuzione dei redditi, nell'ambito dei lavoratori dipendenti, lo ha prodotto un atto che non è imputabile allo Stato, ma che è frutto della contrattazione collettiva: la riforma della scala mobile, cioè l'adeguamento automatico dei salari all'inflazione, agganciato al livello più alto vigente fra i diversi settori e le qualifiche dell'industria ('punto unico di contingenza'). L'aumento della busta paga nella stesa misura per tutti per ogni aumento di un punto nell'indice dei prezzi avvantaggia naturalmente i lavoratori con retribuzioni più basse e tende a livellare le differenze retributive: e nello stesso tempo contribuisce ad alimentare quell'inflazione che il meccanismo dovrebbe combattere.

In questo caso il Governo ha cercato di contrastare gli effetti perversi del punto unico di contingenza, prima col governo Craxi e poi, in modo definitivo, col governo Amato.

Il discorso sulle politiche di stabilizzazione sarebbe molto più complesso. Bisognerebbe parlare delle ripetute svalutazioni e della correlativa inflazione che ha caratterizzato gli anni settanta e gli anni ottanta, dei rapporti tra politica monetaria della Banca d'Italia e politica economica del governo, dell'ingresso e dell'uscita dallo SME, dell'adesione all'Unione Monetaria Europea e del trasferimento della politica monetaria alla Banca centrale europea, dei vincoli di Maastricht ecc.

Verrebbe ricostruita la storia politica ed economica dell'Italia dell'ultimo cinquantennio. Con una serie di alti e bassi che accompagnano, in una prospettiva di lunga durata, il declino del nostro paese, che è passato, come scrive uno storico dell'economia, dall'età dell'oro, all'età dell'argento, all'età del bronzo (Felice, 2015: 229 sgg.).

In queste oscillazioni due costanti. La crescita della spesa pubblica e la crescita del debito pubblico, alle quali hanno dato un contributo fondamentale le politiche, spesso irresponsabili, degli ultimi due decenni della prima Repubblica.

Nelle sue memorie Guido Carli intitola un capitolo *Perché non sono riuscito a piegare il deficit* (Carli, 1996).

In un passo, che F. Merusi trascrive a conclusione del suo importante lavoro su *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dell'Unità d'Italia* (Merusi, 2014: 107), l'ex Governatore della Banca d'Italia racconta delle numerose proposte di legge della Ragioneria generale dello Stato, volte ad abrogare le leggi di finanziamento delle imprese, con la contrazione di mutui iscritti nel bilancio dello Stato per il concorso dello Stato all'ammortamento, o a stabilire le linee di riforma della previdenza o della sanità; o a contenere l'aumento delle retribuzioni dei pubblici dipendenti; o a vietare l'assunzione di impegni di spesa sulle leggi vigenti. Racconta pure delle reazioni violente degli uo-

mini di governo al tentativo di fare uscire dai cassetti queste proposte, «percepitate come affronto alle sorti elettorali» dei partiti di governo e in particolare «del partito di maggioranza relativa che mi aveva presentato nelle sue liste sanatoriali e poi assunto al ruolo di titolare del Tesoro».

Tale testimonianza, commenta F. Merusi, evidenzia quanto fosse sentita l'esigenza di invertire la tendenza all'indebitamento pubblico ma nello stesso tempo quanto fosse difficile «passare dalla teoria alla prassi» (Merusi, 2014: 107).

* * *

Una ricerca che si inserisce in una ricerca più generale di celebrazione dei 150 anni trascorsi dalle leggi amministrative di unificazione non poteva non porsi la domanda: in che misura l'intervento pubblico nell'economia ha contribuito a rinsaldare l'unità non solo economica, ma anche sociale e culturale della penisola?

Della questione si sono occupati i tre saggi introduttivi di E. Picozza e G. Napolitano (v., rispettivamente, *Diritto dell'economia: strumento di unificazione* e *Problemi dell'unificazione giuridico-amministrativa del mercato, in Italia e in Europa*).

Picozza l'ha esaminata con un taglio non soltanto giuridico, segnalando le difficoltà inerenti alla progressiva pretesa dei pubblici poteri di far fronte a problemi collettivi come l'emergenza, il pericolo e il rischio; mentre G. Napolitano ci ricorda che al di sotto della unificazione legislativa persiste una grande varietà nei comportamenti delle amministrazioni, lungo la dimensione nord-sud: come se nelle varie parti della penisola vigessero leggi profondamente diverse.

Riferimenti bibliografici

- Breyer S.G., Stewart R.B. 1992, *Administrative Law and Regulatory Policy* (II ed.), Aspen, New York.
- Carli G. 1996, *Cinquant'anni di vita italiana*, Laterza, Roma-Bari.
- Cassese S. 2000, *La Nuova Costituzione economica*, Laterza, Roma-Bari.
- De Benedetti F. 2016, *Scegliere i vincitori, salvare i perdenti*, Marsilio, Venezia.
- Felice R. 2015, *Ascesa e declino. Storia economica d'Italia*, il Mulino, Bologna.
- Giannini M.S. 1995, *Diritto pubblico dell'economia* (V ed.), il Mulino, Bologna.
- Irti N. 1998, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Roma-Bari.
- Maione G. 1996, *La Communitanté européenne: un Etat régulateur*, Puf, Paris.
- Merusi F. 2014, *La disciplina pubblica delle attività economiche nei 150 anni dell'Unità d'Italia*, in Id., *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Giappichelli, Torino.
- 2015, *Metamorfosi dell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. Amm.*
- Selznick P. 1985, *Organizational Research on Regulation*, in R.G. Noll (a cura di), *Regulatory Policy and the Social Sciences*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles: 363 sgg.
- Zoppini A. 2005, *Le fondazioni bancarie sono «persone giuridiche private con piena autonomia statutaria e gestionale»*, in G. Ponzanelli (a cura di), *Le fondazioni bancarie*, Giappichelli, Torino.

CONCORRENZA E MODELLI ORGANIZZATIVI

Francesca Trimarchi Banfi

Vorrei tornare sull'aspetto della relazione di Cafagno che mette in dubbio la fiducia nei benefici, per così dire automatici, delle procedure competitive. A questa fiducia Cafagno attribuisce gli eccessi regolatori nell'attuazione delle direttive europee in materia di gare per i contratti pubblici, e anche l'orientamento legislativo che punta su di un modello organizzativo uniforme per la provvista dei servizi locali di rilevanza economica -un modello che si impernia sulla gestione dei servizi per mezzo di terzi, scelti mediante procedure competitive.

Il bilancio degli inconvenienti connessi agli automatismi, nell'uno come nell'altro caso, suggerisce di restituire all'azione amministrativa quegli spazi di discrezionalità che le sono propri, e di contrastare i rischi della discrezionalità attraverso una adeguata formazione del personale addetto ai compiti in questione. La critica che viene rivolta agli attuali orientamenti in fatto di organizzazione amministrativa si colloca dunque sul terreno dell'efficienza.

Sia la diagnosi che la cura mi sembrano convincenti.

Vorrei aggiungere che vi sono anche ragioni di carattere giuridico che convergono nella medesima direzione, e che rafforzano i dubbi riguardo all'orientamento attuale della legislazione. Le ragioni giuridiche alle quali penso riguardano uno dei due casi esemplari illustrati nella relazione: il caso dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Sappiamo che la legge delinea un modello organizzativo uniforme per la provvista di questi servizi. Guardato nei suoi effetti giuridici, il modello si caratterizza per la compressione dei poteri dell'ente responsabile dei servizi riguardo alla gestione dei servizi stessi. In sintesi, il modello separa la responsabilità politico-amministrativa per i servizi dalla gestione dei medesimi, e prevede che la gestione sia affidata a soggetti terzi, scelti mediante procedure competitive. Il rapporto tra l'ente responsabile e il gestore è regolato dal contratto di servizio, che formalizza gli impegni delle parti per la durata dell'incarico. Il rapporto di servizio è dunque contrattualizzato.

La contrattualizzazione costituisce il punto di forza del modello, poiché quando gli impegni delle parti sono cristallizzati in un contratto, l'autonomia del gestore dovrebbe essere posta al riparo dalle interferenze dei politici locali, in particolare dalle interferenze dettate dalla funesta agenda privata dei medesimi. L'autonomia del gestore permette a quest'ultimo di mettere a frutto la propria capacità imprenditoriale, con effetti positivi per sé e per la collettività. Si realizza così la coincidenza tra interesse individuale e interesse generale che, nell'opinione corrente, è propiziata dall'economia di mercato.

L'altro pilastro sul quale si regge il modello è la gestione da parte di società commerciali, di solito da parte di società per azioni, potenzialmente quotabili in borsa.

L'importanza di questo elemento giuridico si apprezza soprattutto quando la società che gestisce il servizio è una società a partecipazione pubblica. In casi del genere, le regole del diritto societario dovrebbero garantire l'autonomia degli organi sociali, anche se nominati dall'ente locale, e questo contribuisce a rendere effettiva la separazione tra indirizzo politico-amministrativo e gestione.

Dunque il modello esternalizza la gestione e privatizza il rapporto di servizio, che viene a collocarsi nell'ambito del diritto civile.

Sul terreno giuridico questo modello è stato discusso, per lo più, sotto il profilo della modalità che deve essere seguita nell'affidamento della gestione, vale a dire la modalità competitiva.

Come sappiamo, l'affidamento a terzi mediante procedure di gara è un aspetto qualificante del modello organizzativo considerato nel suo complesso, e si comprende che tanta attenzione sia stata dedicata alla possibilità che gli enti titolari del servizio omettano il passaggio competitivo, ricorrendo a società sottoposte al loro controllo: di qui la disputa sull'affidamento *in house*, che ci è stata ricordata. Scarsa attenzione viene prestata, invece, agli effetti giuridici della esternalizzazione e della privatizzazione, in sé considerate, cioè indipendentemente dalla qualità pubblica, privata o mista del gestore. Ed è su questo aspetto che vorrei aggiungere qualcosa alle considerazioni svolte in modo così efficace nella relazione di Cafagno.

La relazione ci dice che la convenienza dell'esternalizzazione – se cioè sia meglio comprare anziché fare – è influenzata da una serie di variabili, che escludono che il comprare sia di per sé preferibile. Affinché la scelta del gestore si riveli efficiente occorre che vi sia una pluralità di potenziali gestori in effettiva competizione tra loro, ma prima ancora occorre che chi sceglie abbia la preparazione per farlo.

Se ci spostiamo sul terreno giuridico, il punto critico del modello organizzativo adottato dal nostro legislatore risiede nell'autonomia della gestione. Quello che viene presentato come il pregio del modello – l'autonomia della gestione,

appunto – priva l'ente responsabile del servizio dei poteri di sorveglianza e di intervento che sono funzionali all'assolvimento dei suoi compiti. Per questa ragione il modello mette in gioco principi giuridici.

Il ricorso alla gestione *in house* lo dimostra. L'*in house* viene di solito discusso per il rischio di elusione dell'obbligo di scegliere il gestore mediante gara. Ma ciò che dal punto di vista giuridico interessa non è la patologia dell'*in house* (cioè il suo impiego distorto) ma la sua fisiologia, e la fisiologia riguarda la sostanza del rapporto di servizio. Mi spiego.

La gestione *in house* è la strada attraverso la quale gli enti responsabili dei servizi cercano di riappropriarsi dei poteri di sorveglianza e di intervento sulla gestione che il modello contrattualizzato sottrae loro. Il cosiddetto controllo analogo dispensa l'ente responsabile dal ricorso alla gara per la scelta del gestore, proprio perchè il controllo analogo, quando effettivamente esiste, rende solo apparente l'esternalizzazione. Il problema dell'*in house* non risiede dunque nella modalità dell'affidamento, ma semmai nella compatibilità del controllo analogo con l'autonomia della gestione, che è l'aspetto qualificante del modello che separa indirizzo e gestione.

Per questa ragione l'*in house*, nella versione nostrana, è una formula insincera, che formalmente rispetta il modello della gestione esternalizzata e contrattualizzata – e quindi autonoma – e al tempo stesso ne vorrebbe neutralizzare la sostanza. E per neutralizzarne la sostanza, il controllo analogo deve assumere forme non compatibili con il funzionamento delle società di capitali. La contraddizione, e i problemi che ne seguono, sono illustrati dagli sviluppi della giurisprudenza della Cassazione in materia di reponsabilità degli organi sociali per i danni causati alla società in mano pubblica.

Fino a tempi recenti, la Cassazione ha tenuto ferma la distinzione tra l'ente locale socio e la società, e ha quindi escluso che si potesse configurare la responsabilità per danno erariale degli amministratori di società in mano pubblica, anche quando si trattasse di società per azioni con socio unico. Ultimamente, però, la Cassazione ha cambiato indirizzo: nel 2013 le Sezioni Unite hanno riconosciuto che, nelle società costituite o comunque partecipate da enti locali per il perseguimento delle proprie finalità, il 'controllo analogo' modifica il rapporto tra l'ente socio e gli organi sociali, e permette di qualificarlo come rapporto di servizio agli effetti della responsabilità per danno erariale¹.

La decisione è per certi versi sorprendente. In assenza di modificazioni del diritto delle società, che richiederebbero l'intervento del legislatore, ci si sarebbe aspettati che il giudice mettesse in dubbio la possibilità che il controllo esercitato dal socio, innestandosi nel sistema delle società per azioni, fosse effettivamente un controllo analogo; invece le Sezioni Unite danno come possibile questo controllo e, di conseguenza, dichiarano la giurisdizione della Corte dei conti per il dan-

no che gli organi sociali abbiano arrecato alla società. Dunque, il giudice prende atto di uno stato di fatto ed a questo stato di fatto adatta il diritto, allo scopo di contenere il danno di una legislazione incoerente, che persegue la privatizzazione dei rapporti senza riguardo per le conseguenze sul terreno della tutela dell'erario.

Alla luce di questa giurisprudenza si potrebbe pensare che gli aspetti problematici del modello organizzativo siano superati: se l'ente socio può trattare gli organi sociali come tratterebbe i propri uffici, cadono le obiezioni riguardo all'efficacia dei mezzi giuridici che il sistema mette a disposizione dell'ente responsabile dei servizi.

Il problema permane, però, quando il gestore è una società privata o mista.

Ritorno allora all'origine del problema, cioè all'adozione di un modello uniforme, che rende autonoma la gestione e, così, priva gli enti locali di strumenti adeguati ai compiti dei quali portano la responsabilità.

Come sappiamo, il giudice costituzionale ascrive questo modello alla tutela della concorrenza, cosicché esso viene presentato come l'attuazione di un principio costituzionale.

Ma sappiamo anche che i principi costituzionali, così come i diritti posti dalla Costituzione, non esistono in modo isolato, e che la loro attuazione si deve misurare con altri principi e diritti potenzialmente confliggenti, ed anche con i compiti che la Costituzione assegna ai poteri pubblici. Queste sono le premesse, generalmente accettate, che configurano questo tipo di norme costituzionali come 'principi': di regola i principi non sono ordinabili secondo una scala gerarchica, e si pongono in competizione tra loro. Se si accettano queste premesse, l'esito della competizione tra principi non può essere dato in via generale e astratta, ed è, invece, il risultato di un giudizio di proporzionalità, che va compiuto con riferimento allo specifico caso concreto.

Nel caso qui in esame, il principio di concorrenza coesiste con i compiti di servizio pubblico che fanno capo agli enti locali, e che richiedono strumenti giuridici adeguati alla responsabilità degli enti quanto ai risultati. I compiti dei quali parlo si iscrivono nel programma normativo dell'art. 3, secondo comma, che impegna la Repubblica a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini. Questo programma normativo impegna sia lo Stato che gli enti territoriali minori, ed è in questo contesto che l'art. 112 del Testo Unico degli enti locali definisce i servizi pubblici locali come attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali. In questo quadro, le ragioni pro-concorrenziali di un modello organizzativo che priva gli enti locali dei poteri che sono funzionali all'assolvimento dei propri compiti, debbono misurarsi con le contro-ragioni dei compiti costituzionali che fanno capo alle autonomie locali, e della congruenza degli strumenti giuridici rispetto a questi compiti.

Si pone dunque una esigenza di bilanciamento tra i vantaggi e i sacrifici che il modello in questione pone per i principi in competizione.

La questione della legittimità costituzionale della disciplina dei servizi locali di rilevanza economica è venuta all'esame della Corte costituzionale nell'ambito di giudizi in via principale. In questi giudizi la controversia verte sulla titolarità delle competenze. Quando la materia appartiene alla competenza esclusiva dello Stato, l'oggetto del giudizio si esaurisce, di regola, nella verifica che le disposizioni statali impugnate siano effettivamente riconducibili alla materia. Tuttavia, come si ricorderà, la Corte costituzionale² ha affermato che il carattere particolare di alcune materie che spettano allo Stato in via esclusiva, richiede che il giudizio di costituzionalità si estenda alla ragionevolezza e proporzionalità delle disposizioni impugnate. La necessità di questo ampliamento del controllo viene spiegata con il carattere 'trasversale' delle materie i cui confini sono definiti dallo scopo perseguito dal legislatore e che, per questa ragione, legittimano interferenze in ambiti materiali di spettanza regionale. Si tratta delle cosiddette materie-funzione, e a questa categoria appartiene la tutela della concorrenza.

In cosa consiste la verifica di ragionevolezza e proporzionalità della quale parla la giurisprudenza costituzionale?

La verifica in questione è stata annunciata nel 2004 con una formula sulla quale vale la pena di soffermarsi, dato che essa sarà sostanzialmente ripresa nella giurisprudenza successiva. Nella sentenza si legge che il controllo di costituzionalità delle leggi statali in materia di concorrenza verte sulla relazione tra gli strumenti di intervento e gli obiettivi attesi, e che questa relazione deve essere «ragionevole e proporzionata»³.

Il controllo che viene annunciato non è quindi un controllo di proporzionalità in senso pieno: la verifica che il giudice prospetta si appunta sul rapporto tra mezzo e fine, e questa verifica corrisponde a quella che si compie nelle prime due fasi del giudizio di proporzionalità in senso proprio – cioè nelle fasi che riguardano l'idoneità della misura adottata e la sua insostituibilità con misure meno incisive per il principio contrapposto. Resta, quindi, esclusa la terza fase, quella della proporzionalità in senso stretto. Infatti, le norme sotto esame potrebbero essere idonee allo scopo, e anche non essere sostituibili con altre misure meno incisive, ma con questo il test di proporzionalità non può dirsi ancora superato, e si apre la terza fase, nella quale i benefici per la concorrenza dovrebbero essere posti a confronto con i sacrifici che ne seguono per il principio contrapposto. Da questo confronto dovrebbe risultare se il 'bilanciamento' tra i principi in competizione sia corretto, ed è nella verifica della correttezza del bilanciamento che risiede la peculiarità del giudizio di proporzionalità in senso proprio.

Il giudizio annunciato nel 2004 non è dunque un giudizio di proporzionalità nel senso pieno dell'espressione, e questo si spiega con le ragioni stesse

che inducono il giudice ad andare (apparentemente) oltre la mera verifica del titolo della competenza esclusiva: infatti, se l'ambito della tutela della concorrenza, in quanto materia-funzione, non è predefinito in termini oggettivi, la sua definizione nel caso concreto non può che farsi alla stregua del criterio funzionale, vale a dire verificando che la legislazione *sub judice* sia davvero un mezzo adeguato e proporzionato allo scopo e che, per questa ragione, sia effettivamente ascrivibile alla materia 'tutela della concorrenza'. Il cosiddetto controllo di proporzionalità si risolve quindi nella verifica del titolo della potestà legislativa.

Ma c'è dell'altro.

Nella tutela della concorrenza – secondo l'ampia definizione che ne dà la giurisprudenza costituzionale⁴ – stanno insieme cose alquanto diverse tra loro: si va da interventi di politica economica, all'apertura dei mercati, alla prescrizione di procedure competitive; quest'ultimo è il caso dei servizi pubblici. Non a tutte queste cose si addice il *test* di idoneità e di proporzionalità del mezzo al fine. Questo parametro può essere utilmente impiegato quando le misure sotto esame prevedono interventi di politica economica: in casi del genere è possibile giudicare se gli interventi abbiano davvero una portata ultraregionale e se siano proporzionati al raggiungimento degli obiettivi che si propongono. Questo è il caso che nel 2004 ha offerto alla Corte l'occasione per enunciare il principio di proporzionalità nel senso di congruità del mezzo al fine.

Ma le cose si presentano in modo diverso quando la promozione della concorrenza assume la forma del ricorso a procedure di gara. Poiché l'attitudine delle procedure competitive a promuovere la concorrenza è postulata dalla definizione che il giudice costituzionale dà della materia indicata dall'art. 117, c.2, lettera e) Cost., quelle procedure non sono il mezzo per un fine ulteriore, rispetto al quale sia possibile la verifica di congruenza: per promuovere la concorrenza intesa in questo senso specifico non c'è che da fare le gare, non ci sono misure alternative e meno incisive per raggiungere lo scopo.

Intendo dire che, data la definizione, lo svolgimento delle gare realizza senz'altro la concorrenza, e i parametri della idoneità e della proporzionalità rispetto allo scopo non hanno modo di funzionare. Si potrà, al più, chiedersi fino a che punto la legge statale può spingersi nei dettagli della disciplina delle gare, ma la Corte costituzionale, dopo qualche incertezza iniziale⁵, ha chiarito che questo criterio di giudizio non si addice alle materie di competenza esclusiva⁶.

Questo stato delle cose può forse spiegare perché nel 2010 la Corte, chiamata a giudicare la legittimità della disciplina dei servizi locali di rilevanza economica, si discosta dallo schema del controllo di ragionevolezza delle norme sotto il profilo dell'adeguatezza e della proporzionalità rispetto allo scopo e, *omisso medio*, esamina senz'altro il bilanciamento – questa è l'espressione usata dal giu-

dice – tra l'interesse generale alla tutela della concorrenza e l'interesse degli enti locali a gestire in proprio il servizio pubblico⁷.

Va notato, però, che i motivi di illegittimità che erano stati prospettati nel ricorso non si appuntavano contro il modello di gestione dei servizi guardato nei suoi effetti per la capacità di controllo e di intervento degli enti locali. Le censure erano dirette invece contro i limiti che la legge poneva alla gestione *in house*. Questi essendo i termini della questione, il giudice risponde che il bilanciamento dei contrapposti interessi che il legislatore ha compiuto è corretto, dato che, se gli enti locali intendono gestire in proprio i servizi, hanno comunque la possibilità di far partecipare le proprie società alle gare e, così, di aggiudicarsi la gestione dei servizi.

Il sacrificio dei poteri funzionali all'assolvimento dei compiti di rilevanza costituzionale degli enti locali, che derivano dal modello organizzativo basato sul binomio contratto-società, non viene dunque posto a confronto con i benefici che ne seguono per la concorrenza.

L'impostazione del giudizio in termini di bilanciamento tra principi confliggenti, che compare nella sentenza, è comunque una novità, ed è una novità positiva, perchè apre il giudizio di costituzionalità a valutazioni che vanno oltre la mera ricognizione dei confini della materia di competenza esclusiva dello Stato. Si ha così un contrappeso alla pervasività della tutela della concorrenza, dovuta non soltanto alla trasversalità della materia, ma anche alla definizione ampia che ne ha dato la Corte costituzionale e che, a differenza da quanto ripetutamente affermato dalla Corte⁸, non corrisponde alla nozione di tutela della concorrenza nel diritto dell'Unione come interpretato dal giudice europeo⁹.

Note

- ¹ Il controllo analogo implica un «potere di comando direttamente esercitato sulla gestione dell'ente con modalità e con una intensità non riconducibili ai diritti e alle facoltà che normalmente spettano al socio (fosse pure un socio unico)»: SS.UU. n. 26283/2013, p. 4.2. Questo giudizio è tenuto fermo nella sintesi della giurisprudenza delle Sezioni Unite in tema di società a partecipazione pubblica contenuta nella sentenza n. 15594/2014.
- ² Sentenza 14/2004.
- ³ Sent. cit., punto 4.1.
- ⁴ A partire dalla Sent. n. 14/2004; tra le sentenze più recenti che elencano i molteplici aspetti della tutela della concorrenza si veda la n. 125/2014, p. 1.1.
- ⁵ Sent. n. 272/04, p. 3.
- ⁶ Si vedano le sentenze nn. 430/2007, 232/2010, 325/2010.
- ⁷ Sent. n. 325/2010, p. 8.1.2.
- ⁸ Che la nozione di concorrenza «non può non riflettere quella operante in ambito comunitario» è affermazione costante, dalla sentenza n. 14/2004 (p. 4) fino alla sent. 104/2014 (p. 2.1.). Senonché l'elenco delle misure ascrivibili alla materia, che di solito segue l'affermazione, attesta la non corrispondenza tra le due nozioni.
- ⁹ Nel diritto dell'Unione, la tutela della concorrenza è quella che viene realizzata per mezzo delle 'regole di concorrenza', vale a dire le regole *antitrust* e quelle sugli aiuti di Stato. Quando un giudice italiano ha chiesto alla Corte di Giustizia se le norme interne che prescrivono una distanza minima tra gli impianti stradali di distribuzione di carburanti fossero compatibili con «i principi comunitari di concorrenza economica e di non discriminazione», la Corte, rilevata l'improprietà della formulazione del quesito nella parte relativa alla compatibilità con il principio comunitario di concorrenza, lo ha riformulato: «occorre [...] intendere la questione come vertente sull'interpretazione [...] delle regole sulla concorrenza di cui alla parte terza, titolo VI, capo 1, che comprende gli artt.81-89 [...]» (C-384/08, punti 18 e 20; corsivo aggiunto).

GLI AUTORI

EMANUELE BOSCOLO è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università dell'Insubria.

GABRIELE BOTTINO è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Milano.

EUGENIO BRUTI LIBERATI è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro".

MAURIZIO CAFAGNO è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università dell'Insubria.

GIAN FRANCO CARTEI è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Firenze.

GHERARDO CARULLO è assegnista di ricerca presso l'Università di Milano.

FABIO CINTIOLI è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi Internazionali di Roma.

GIOVANNI COCCO è professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso l'Università Milano-Bicocca.

GUIDO CORSO è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma "Roma Tre".

MARIA DE BENEDETTO è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma "Roma Tre".

GIACINTO DELLA CANANEA è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma "Tor Vergata".

FABIO DI CRISTINA è dottore di ricerca presso l'Università di Siena.

ANDREA FARÌ è ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma "Roma Tre".

GIANFRANCESCO FIDONE è professore a contratto di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma "La Sapienza".

FABRIZIO FRACCHIA è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università Commerciale Luigi Bocconi di Milano.

DIANA URANIA GALETTA è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Milano.

PAOLO LAZZARA è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma "Roma Tre".

FRANCESCO MANGANARO è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria.

GIULIO NAPOLITANO è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma "Roma Tre".

NICCOLÒ PECCHIOLI è professore a contratto di Legislazione dei beni culturali presso l'Università di Firenze.

EUGENIO PICOZZA è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma "Tor Vergata".

MARCO SICA è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Milano.

DOMENICO SICLARI è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università per Stranieri di Reggio Calabria "Dante Alighieri".

DOMENICO ROCCO SICLARI è professore associato di Diritto dell'economia presso l'Università di Roma "La Sapienza".

SIMONE TORRICELLI è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Firenze.

FRANCESCA TRIMARCHI BANFI è professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Milano.

GIUSEPPE TROPEA è professore associato di Diritto amministrativo presso l'Università "Mediterranea" di Reggio Calabria.

FILIPPO ZATTI è professore associato di Diritto dell'economia presso l'Università di Firenze.

SOMMARIO GENERALE

UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA E INTERVENTO PUBBLICO NELL'ECONOMIA di
Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro

1. Premessa di metodo. 1.1 Limitazioni di campo. 1.2 La struttura del discorso: l'amministrazione pubblica tra regole e mercato. 2. Profilo storico. 2.1 Il difficile rapporto tra diritto ed economia. 2.2 Lo sviluppo storico dell'intervento pubblico nell'economia in Italia. 3. Profili critici e ricostruttivi: l'amministrazione come attore economico. 3.1 Imparzialità, efficienza e mercato unico. 3.2 Procedure competitive. 3.3 Il gap tra diritto interno e diritto europeo. 3.4 *In house providing*, imprese pubbliche, società miste. 3.5 Considerazioni conclusive. 4. Profili critici e ricostruttivi: l'oggetto della regolazione. 4.1 Il fuggevole oggetto dello Stato regolatore. 4.2 L'anomia giuridica dell'economia globale. 4.3 La regolazione del mercato unico europeo. 4.4 La settorializzazione della disciplina regolatoria a livello nazionale. 4.5 Per una maggiore qualità delle amministrazioni pubbliche. 5. Note riassuntive.

STUDI

Parte prima

Il diritto dell'economia tra unificazione dei mercati e globalizzazione

DIRITTO DELL'ECONOMIA: STRUMENTO DI UNIFICAZIONE di Eugenio Picozza

1. Premesse metodologiche. 1.1 Metodo utilizzato. 1.2 Il concetto di unificazione, i suoi limiti, le sue criticità. 1.3 Il diritto dell'economia: strumento di unificazione. 2. Evoluzione/involuzione della funzione di unificazione. 2.1 La definizione di emergenza, pericolo e rischio. In particolare il rischio sistemico analizzato dal punto di vista economico-finanziario e i suoi possibili contenimenti. 2.2 Il concetto di rischio sistemico dal punto di vista sociale e politico.

PROBLEMI DELL'UNIFICAZIONE GIURIDICO-AMMINISTRATIVA DEL MERCATO, IN ITALIA E IN EUROPA di Giulio Napolitano

1. Leggi a intermediazione amministrativa e mercati nei processi di unificazione/integrazione. 2. L'Unità d'Italia, la costruzione del mercato nazionale e il mito delle leggi del 1865. 3. Le leggi sull'unificazione amministrativa e l'intervento pubblico nell'economia. 4. La strategia dell'unificazione e il problema del divario economico e sociale del Paese. 5. Dislivelli di amministrazione e svantaggi competitivi nell'Italia contemporanea. 6. L'armonizzazione giuridico-amministrativa del mercato a livello europeo e i suoi dilemmi.

Parte seconda

Indirizzo e disciplina dei mercati: dalla pianificazione alla regolazione

DIRITTO D'INTERPELLO E CERTEZZA NEI RAPPORTI TRA CITTADINO E PUBBLICA AMMINISTRAZIONE di Marco Sica

1. Premessa. 2. Le circolari interpretative. 3. Il c.d. parere preventivo. 4. I chiarimenti in materia di appalti pubblici. 5. Il diritto di interpello in materia di previdenza sociale e lavoro. 6. Il diritto all'informazione relativo ai servizi nel mercato interno. 7. Il diritto di interpello in tema di clausole vessatorie nei rapporti commerciali con i consumatori. 8. L'interpello per l'individuazione delle condizioni per il rilascio degli atti di consenso. 8.1 La conferenza di servizi preliminare. 8.2 Lo *scoping* in materia ambientale. 8.3 Il nulla osta di fattibilità in tema di prevenzione incendi. 9. La decisione 'interpretativa'.

LA FUNZIONE REGOLATORIA: CONTENUTO, NATURA E REGIME GIURIDICO di Paolo Lazzara

1. Programmazione e regolazione, analogie e differenze. 2. La regolazione: la difficile delimitazione del tema. 3. Diversi significati e differenti prospettive. 4. Regolazione economica e regolazione sociale. Il rapporto autorità/libertà nella funzione regolatoria. 5. Regolazione e procedimento tra forma e sostanza. 6. Conclusioni. Lo 'spazio' istituzionale e costituzionale della funzione regolatoria.

LA QUALITÀ DELLA FUNZIONE REGOLATORIA: IERI, OGGI E DOMANI di Maria De Benedetto

1. Il problema corrente: la qualità della regolazione. 2. L'antecedente: la buona legislazione. 3. Economia regolata e inflazione normativa. 4. La crisi di fiducia nella regolazione e la prospettiva della manutenzione delle regole.

POLITICA DI CONCORRENZA E POLITICA INDUSTRIALE TRA UNITÀ E DIFFERENZIAZIONE di Eugenio Bruti Liberati

1. Premessa. La distinzione tra politica industriale e politica di concorrenza tra giurisprudenza della Corte costituzionale e riforma costituzionale in itinere. 2. La giurisprudenza della Corte costituzionale. 3. La critica dottrinale. 4. Politica industriale e politica di concorrenza: due modelli di *governance* istituzionale diversificati.

LA REGOLAZIONE BANCARIA E DEI MERCATI FINANZIARI: DALLA 'NEUTRALIZZAZIONE' DELL'INDIRIZZO POLITICO SUL MERCATO ALL'UNIFICAZIONE EUROPEA di Domenico Rocco Siclari

1. Il lungo percorso dall'indirizzo politico del mercato alla regolazione neutrale. 2. L'indirizzo politico del mercato quale strumento di finanziamento dell'unificazione economica e infrastrutturale nazionale. 3. L'ordinamento bancario «verso la neutralità»: l'incidenza progressiva del formante comunitario e l'emanazione del testo unico bancario del 1993. 4. La riforma operata dalla legge n. 262 del 2005. 5. La crisi finanziaria del 2007 e la riregolazione del sistema. 4. Dall'unificazione nazionale all'unificazione europea: l'Unione Bancaria e la *Capital Markets Union*.

Parte terza

Finanza pubblica e aiuti di Stato: strumenti vecchi e nuovi
alla prova del diritto UE

I SOLDI DI TUTTI di Giacinto della Cananea

1. I soldi di tutti: una vicenda intrigante. 2. Lo Stato liberale e il modello cavouriano: contabilità e controlli. 3. Dallo Stato liberale allo Stato dispensatore di beni. 4. Inadeguatezza delle garanzie: un'ipotesi ricostruttiva. 5. La disciplina della finanza pubblica nello Stato 'comunitario'. 6. Un problema irrisolto: l'ordinamento della spesa pubblica. 7. Un problema aggravatosi: i custodi del tesoro. 8. Una debole 'cultura del bilancio'.

IL FINANZIAMENTO PUBBLICO DELL'ECONOMIA: POSSIBILITÀ, CONDIZIONI E LIMITI di Gabriele Bottino

1. Delimitazione, contenuto e scopo dell'indagine. 2. I dati. 2.1 Premessa. 2.2 Le agevolazioni (concesse ed erogate) e gli investimenti agevolati. 2.3 Il Fondo

di Garanzia. 3. L'Unione europea. 3.1 Premessa. 3.2 I fondi strutturali e di investimento. 3.3 Gli «aiuti di Stato». 4. L'Italia. 4.1 Premessa. 4.2 Le competenze legislative e le funzioni amministrative. 4.3 La legislazione statale. 4.4 La legislazione regionale. 5. Il procedimento diretto alla attribuzione del finanziamento pubblico. 5.1 Premessa. 5.2 I criteri e le modalità. 5.3 Le procedure. 5.4 Gli obblighi di pubblicità e trasparenza. 6. La giurisdizione.

Parte quarta Imprese e servizi pubblici

LIBERALIZZAZIONI di Giovanni Cocco

1. Liberalizzazioni e mercato: il miraggio della crescita economica. Mercato e collettività sociale, una contraddizione solo apparente. 2. La logica interna al mercato e la necessità di rispettarla nella sfera ad esso propria. Gli interventi dei poteri pubblici e la loro tipologia. 3. Fini fondamentali e limiti alla concorrenza. Fini comunitari e fini del nostro ordinamento. La duplice valenza dell'art. 41 Cost. 4. (*segue*) La garanzia della libertà di concorrenza come principio funzionale alla libertà di iniziativa economica, ma anche a protezione della collettività sociale: la lettura della Corte costituzionale. 5. Le linee evolutive interne. 6. Coordinate ricorrenti in tema di liberalizzazioni. 6.1 Le misure di regolazione. 6.2 I limiti dei 'valori costituzionali' a livello interno ed a livello comunitario. 7. I diversi volti della liberalizzazione. 7.1 Premessa. 7.2 Le misure antitrust. 7.3 La concorrenza nel mercato. 7.4 La concorrenza per il mercato. 8. Conclusioni.

LE PRIVATIZZAZIONI NELLE GESTIONI DEI SERVIZI PUBBLICI. DALL'UNITARIETÀ ALLA DISGREGAZIONE DEI MODELLI di Simone Torricelli

1. Privatizzazione e differenziazione delle discipline. 2. La privatizzazione (formale) per il buon andamento; la privatizzazione (sostanziale) per il mercato. 3. La privatizzazione delle cose. I beni produttivi soggettivamente privati ma oggettivamente comuni e le prime forme di diversificazione dei modelli. 4. La privatizzazione dei soggetti. Tendenze diverse nei diversi livelli territoriali e ulteriori disomogeneità nelle forme organizzative di gestione dei servizi. 5. La privatizzazione dei rapporti. La variabile natura giuridica degli affidamenti. 6. Tautologie ed ossimori. Il privato-privato, il privato-pubblico, il pubblico-privato: il quesito di fondo della funzionalità. 7. Il processo di privatizzazione come fattore disgregante dei modelli e il processo di disgregazione come fattore di garanzia della coesione.

L'UNIFICAZIONE ATTRAVERSO LA GARANZIA DELLE PRESTAZIONI DI SERVIZIO PUBBLICO di Emanuele Boscolo

1. Premessa: l'unificazione come fatto sociale e l'apporto promozionale dei servizi pubblici. 2. Lo sforzo definitorio e la ricerca di principi regolatori comuni. 3. I fallimenti allocativi del mercato e la distribuzione pubblica garantita di beni (privati) essenziali. 4. Lo Stato sociale e la lotta alle diseguaglianze. 5. Una lunga parabola: estensione delle prestazioni e differenziazione dei modelli gestionali. 6. I servizi sociali tra originaria selettività costituzionale e universalismo legislativo non mantenuto. 7. I servizi a rilevanza economica tra concorrenza e socialità: i grandi servizi a rete e i servizi pubblici locali. 8. Il presente del servizio pubblico: la riemersione di istanze legate ai bisogni primi e la suggestione di un nuovo universalismo 'di cittadinanza'.

GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI E *IN HOUSE PROVIDING*: NOVITÀ, AUSPICI E SCENARI FUTURI IN UNA PROSPETTIVA DI DE-FRAMMENTAZIONE DEL SISTEMA di Diana-Urania Galetta, Gherardo Carullo

1. Nota introduttiva. 2. Il quadro di riferimento nel diritto europeo primario (e gli equivoci da sfatare). 3. *L'in house providing* fra passato e futuro. 3.1 La creazione dello strumento dell'*in house providing* e le problematiche connesse. 3.2 Il requisito del c.d. 'controllo analogo'. 3.3 L'affidamento diretto a società interamente in mano pubblica, ma di proprietà di diversi enti locali. 3.4 La questione della compartecipazione di soggetti privati nel capitale della società. 3.5 (segue) Il cambio di paradigma nelle nuove direttive in materia di appalti e concessioni e la relativa *ratio*. 3.6 (segue) Il futuro della partecipazione dei privati nelle società a partecipazione di una sola amministrazione. 3.7 (segue) L'ipotesi di compartecipazione di più amministrazioni. 4. I tratti distintivi tra *in house* 'misto' pubblico-privati e società miste 'tradizionali'. 5. I servizi pubblici e lo strumento dell'*in house*: conclusioni.

Parte quinta Contratti e finanziamenti

I CONTRATTI PUBBLICI COME STRUMENTO DI ACCENTRAMENTO di Fabrizio Fracchia

1. Premessa e delimitazione dell'oggetto dell'analisi. 2. Il versante dell'art. 117 Cost.; l'accentramento della disciplina: 'movimento' verso lo Stato o, spinto dalla concorrenza, 'movimento' verso l'Europa? 3. Accentramento e mutamento funzionale della disciplina: conseguenze e riflessi; decentramento rispetto al

Codice civile e al Codice del processo amministrativo. 4. Ancora sul mutamento funzionale: la necessità di una visione molto più sfumata e assai più articolata. 5. In particolare: l'interesse al buon uso delle risorse pubbliche e al risparmio di spesa. 6. Il versante dell'art. 118 Cost.; un diverso tipo di accentramento: le funzioni amministrative, i poteri di acquisto e la redazione dei bandi. 7. La forza centripeta di alcuni istituti contrattuali. 8. Conclusioni.

IL PARTENARIATO PUBBLICO-PRIVATO di Gianfrancesco Fidone

1. La disciplina del PPP: una fuga in avanti del legislatore nazionale. 2. La centralità del trasferimento del rischio e il PEF. 3. Asimmetria informativa e criticità dei rapporti di PPP. 4. La necessità di modelli flessibili per la scelta del *partner* privato. 4.1 Flessibilità nell'aggiudicazione dei PPP nel diritto europeo. 5. La moltiplicazione dei modelli di aggiudicazione nel diritto interno. 6. L'esecuzione dei contratti: incompletezza e necessarie rinegoziazioni. 7. Gli utenti e i contratti di PPP: dal controllo sull'atto a quello sull'attività. 8. Inefficienza e corruzione. 9. Accentramento normativo e recepimento delle nuove Direttive.

LA CONCESSIONE DI LAVORI PUBBLICI di Gian Franco Cartei

1. Premessa. 2. L'evoluzione della disciplina: l'affermazione del principio di concorsualità. 3. La procedura di aggiudicazione contrattuale: le indicazioni del diritto europeo e la Direttiva 2014/23/UE. 4. Principi della gestione e nozione di rischio nella disciplina delle concessioni di lavori pubblici. 5. Dal rischio di gestione al rischio operativo: gestione del servizio e disponibilità dell'opera pubblica. 6. La concessione alla prova della unificazione.

L'USO STRATEGICO DEI CONTRATTI PUBBLICI di Andrea Fari

1. Possibili approcci al connotato 'strategico' dei contratti pubblici. 2. La disciplina dei contratti per la tutela degli interessi pubblici. Dalla concezione contabilistica alla tutela della concorrenza (e ritorno?). 3. Uso e 'non-uso' strategico della disciplina dei contratti per il perseguimento di finalità specifiche. 3.1 La disciplina dei contratti funzionale allo sviluppo economico del Paese. Opere strategiche e funzione di programmazione. 3.2 Il 'non-uso' strategico della disciplina dei contratti. Emergenze, commissari straordinari e deroghe 'sistematiche'. 4. L'uso strategico dei contratti pubblici nella prospettiva europea. 4.1 Le condizioni sociali. 4.2 Le condizioni di sostenibilità ambientale. 5. Effetti delle diverse prospettive 'strategiche' sulla dinamica evolutiva della disciplina dei contratti e sul processo di unificazione.

Parte sesta
Enforcement tra regolazione e controlli

CORTE DEI CONTI E ISTITUZIONI SUPERIORI DI CONTROLLO di Domenico Siclari

1. Prolegomeni. 2. Brevi cenni storici: dalle origini della Corte dei conti italiana all'avvento della Carta costituzionale. 3. Profili diacronici del controllo della Corte dei conti: la revisione funzionale e organizzativa. 4. La funzione di controllo alla luce della riforma del Titolo V e delle sue risultanze attuative. 5. La Corte dei conti e le relazioni con le Istituzioni Superiori di Controllo. 6. Conclusioni.

IL CONTROLLO DELLA BCE SULLE ECONOMIE NAZIONALI di Filippo Zatti

1. Premessa. 2. L'evoluzione del ruolo della BCE nella *governance* dell'Unione monetaria europea. Dal Trattato di Maastricht al Trattato di Lisbona, dopo la crisi finanziaria dei debiti sovrani. 3. L'inquadramento sotto il profilo giuridico degli strumenti 'non convenzionali' adottati dalla BCE. 4. La Banca centrale europea tra esigenze della sovranità monetaria e separato esercizio dei diritti di sovranità da parte degli Stati membri dell'area euro. 5. Il controllo della BCE sulle economie nazionali: dall'esercizio del 'solo' potere monetario al ruolo di *fiscal policy-maker* e di supervisore del sistema bancario.

L'AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO E IL SUO RUOLO UNIFICANTE NELL'ORDINAMENTO di Fabio Cintioli

1. Introduzione. Una istituzione giovane e la sua funzione unificante. 2. Le ragioni del successo di AGCM. Motivazioni storiche. 3. (*segue*) Motivazioni *culturali*. 4. (*segue*) Motivazioni legate ai poteri dell'istituzione. 5. La prima fase: dal 1990 al 2003. 6. La seconda fase: dal 2003 al 2008. 7. La terza fase: dal 2008 ai nostri giorni. 8. Profili di armonia nella funzione unificante. 9. Profili di disarmonia. Rischio regolatorio e tipicità. 10. (*segue*) Rapporto tra procedimento e processo. Analisi economica e metodo giuridico.

CONSOB E POTERI COMMENDATORI DI CONFORMAZIONE E UNIFICAZIONE DEL MERCATO di Niccolò Pecchioli

1. Premessa. 2. Cenni sulla Consob e la sua evoluzione. 3. Il *proprium* della funzione di vigilanza e controllo ascrivibile alla Consob. 4. I c.d. poteri commendatori ovvero di *moral suasion* della Consob. 5. Sulla attitudine conformativa dei poteri commendatori della Consob: il bene-informazione e il presup-

posto di affidamento degli operatori di mercato. 5.1 Premessa. 5.2 La peculiare rilevanza del bene-informazione nel mercato mobiliare. 5.3 Il presupposto di affidamento del mercato sull'operato della Consob e sue ragioni giustificative. 6. Il problema della possibile valenza giuridica degli atti di *moral suasion* della Consob. 7. Infine: le ragioni della funzione di unificazione degli atti di *moral suasion* della Consob.

L'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE NEL DIRITTO PUBBLICO DELL'ECONOMIA di Fabio Di Cristina

1. L'Autorità nazionale anticorruzione: la prospettiva storica e l'intervento pubblico in economia. 2. L'evoluzione delle funzioni. 2.1 L'Autorità 'introvabile' (2003-2013). 2.2 La nuova Autorità anticorruzione (2014). 3. Gli strumenti di intervento in economia. 3.1 Le 'misure straordinarie di gestione' quali strumenti conformativi. 3.2 Gli incentivi all'adattamento e i poteri impliciti: gli effetti sulle attività imprenditoriali di pubblico interesse. 4. L'intervento dell'Autorità in economia: la doppia frontiera.

IL GIUDICE AMMINISTRATIVO, GIUDICE DELL'ECONOMIA di Giuseppe Tropea

1. Premessa. 2. Delimitazione del campo d'indagine: a) il giudice amministrativo come 'giudice naturale' del grande contenzioso economico; b) il difficile rapporto fra giustizia (anche) amministrativa e sviluppo economico. 3. Il processo amministrativo come strumento di risoluzione dei conflitti e come strumento di attuazione di scelte politiche. Brevi note su giurisdizione esclusiva e di merito, nonché sulla competenza funzionale accentrata. 4. La specialità del rito, legittimazione ed interesse a ricorrere (anche alla luce di alcune rilevanti questioni giurisprudenziali). 5. Processo amministrativo e tutela della concorrenza. 6. Il difficile rapporto fra giustizia (anche) amministrativa e sviluppo economico. Cenni sulla figura del c.d. abuso del processo.

COMMENTI

SPLENDORI E MISERIE DELL'INTERVENTO PUBBLICO NELL'ECONOMIA ITALIANA di Guido Corso

CONCORRENZA E MODELLI ORGANIZZATIVI di Francesca Trimarchi Banfi

PIANO DELL'OPERA

- Vol. I – *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di Roberto Cavallo Perin, Aristide Police, Fabio Saitta
- Vol. II – *La coesione politico-territoriale*, a cura di Gabriella De Giorgi Cezzi, Pier Luigi Portaluri
- Vol. III – *La giuridificazione*, a cura di Barbara Marchetti, Mauro Renna
- Vol. IV – *La tecnificazione*, a cura di Stefano Civitaresse Matteucci, Luisa Torchia
- Vol. V – *L'intervento pubblico nell'economia*, a cura di Maurizio Cafagno, Francesco Manganaro
- Vol. VI – *Unità e pluralismo culturale*, a cura di Edoardo Chiti, Gianluca Gardini, Aldo Sandulli
- Vol. VII – *La giustizia amministrativa come servizio (tra effettività ed efficienza)*, a cura di Gian Domenico Comporti
- Vol. VIII – *Cittadinanze amministrative*, a cura di Antonio Bartolini, Alessandra Pioggia

